This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

WIDENER LIBRARY
HX GFDI Q

AC 7203.141

Harvard College Library.

FROM

THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received 29 June, 1891.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Zwey und dreyßigsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1829.

~~VI. 9255~~
AL 7203.141
Harvard College Library.
29 June 891.
From the Library of
Prof. E. W. GURNEY.

Fortsetzung des Titels

De Excusationibus.

§. 1356.

II. Excusationen wegen zu großer Mühseligkeit und Beschwerde. 1) Drey Vormundschaften in einem Hause. Erläuterung der *L.* 31. *D. h. t.*

Die Vormundschaft ist eine Last. Niemand darf daher mit zu vielen Vormundschaften beläſtiget werden [1]). Die Zahl war anfangs nicht bestimmt. Endlich wurde durch die Verordnungen der Kaiser, besonders der Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla festgesetzt, daß drey Vormundschaften in einer Familie von der Uebernehmung einer vierten entschuldigen sollen. So belehren uns die Vaticanischen Fragmente, in denen es §. 125. heißt:

1) *Ant.* Faber Jurisprud. Papinian. scientia. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. 2. pag. 1098 — 1106. *Hug.* Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 9. §. 14 — 18. (Vol. II. pag. 116. sq. edit. *Norimb.* 1805. 8.) *Ant.* Augustinus Commentar. ad *Modestinum* de excusationib. in *Thes. Otton.* Tom. IV. pag. 1568 — 1570. und *Paul.* Montanus Tr. de iure tutelar. et curation. Cap. XXXV. nr. 119 — 139. pag. 458 sqq.

Olim varie observabatur circa numerum tutelarum: sed hodie *certo iure* utimur, tam ex rescriptis Divorum, quam ex constitutionibus *Imperatorum nostrorum* [2]). Nam si quis *tres tutelas sive curas* habeat, excusatur.

Hodie itaque, so heißt es weiter §. 128. ut quis excusetur, *tria onera* allegare debet, *sive tutelarum*, *sive curarum*, sive etiam curae kalendarii [3]): et sive eiusdem tituli sint tria onera, sive non, a quarta excusant.

Dieſe drey Vormundſchaften müſſen nur aber 1) ſolche ſeyn, die ſchon wirklich übernommen ſind, in einer wirklichen Verwaltung beſtehen, und auch noch nicht, auch ſobald noch nicht geendiget ſind. Modeſtinus *libro II. Excusationum* [4]) ſagt:

2) Daß in den *Vatican. Fragm.* die Imperatores nostri immer die Kaiſer Severus und Caracalla ſind, hat *de* Buchholtz in Comm. ad §. 125. pag. 115. aus mehreren Stellen derſelben erwieſen.

3) Die Cura Kalendarii über das auf Zinſen angelegte Kapitalvermögen einer Stadt war ſo gut ein personale munus, wie die Tutel. *L.* 18. §. 2. *D. de munerib. et honor.* Sie wurde daher für eine Vormundſchaft gerechnet. Ein ſolcher curator Kalendarii durfte auch keine Caution leiſten, weil er vom Präſes ex inquisitione beſtellt wurde. *L.* 9. §. 7. *D. de administr. rer. ad civitat. pertinent.* S. *Jac.* Gothofredi Comment. ad L. 1. Cod. Th. de curatoribus Kalendarii. (XII. 11.) Tom. IV. pag. 609 sq. *Jo. Gottl.* Heineccii Antiquitat. Romanar. iurisprud. illustrant. Synt. Lib. III. Tit. 15. §. 4. not. f. pag. 543. (edit. *Haubold.*) und *de* Buchholtz Vatican. Fragm. ad §. 128. pag. 116. et ad §. 187. pag. 147.

4) *L.* 2. §. 9. *D. h. t.*

Ἔτι μὴν καὶ οἱ τρεῖς ἔχοντες ἐπιτροπὰς ἢ τρεῖς κουρατίονας, ἢ ἀναμεμιγμένας τρεῖς κουρατορίας τε καὶ ἐπιτροπὰς, καὶ ἔτι μενούσας, τουτέστιν μήπω ἐκβάντων τὴν ἡλικίαν τῶν ἀφηλίκων, οὗτοι ἀφίενται εἰς τετάρτην ἐπιτροπὴν ἢ κουρατορίαν καλούμενοι. Ἀλλὰ μὴν κἂν κουράτωρ τις ἢ μὴ ἀφήλικος, ἀλλὰ μαινομένου, εἰς τὸν ἀριθμὸν τῶν κουρατοριῶν καὶ αὕτη ὑπολογισθήσεται ἡ κουρατορία. Ὅπερ οὕτως ἔχειν διδάσκει διάταξις Σεβήρου καὶ Ἀντωνίνου.

Praeterea qui tres tutelas aut tres curas habent, aut tria onera mixtarum tutelarum cum curis, et hae non sint aetate minorum finitae, habent excusationem, si ad quartam tutelam, aut curam vocentur. Sed et si quis non minoris, sed furiosi curator sit, huius quoque curae ratio habenda est, ut in numero curarum computetur. Quae ita se habere, Severi *et* Antonini *constitutio docet.*

Schon geendigte Vormundschaften werden also so wenig gerechnet, als solche, welche noch nicht übernommen sind, weil ihre Antretung vielleicht noch von der Existenz einer Bedingung, oder dem Ablaufe einer Zeitbestimmung abhängt. In den Vaticanischen Fragmenten heißt es §. 126.

Haec locuti sumus, *de tutelis finitis* non imputandis: eodem loco sunt et *non coeptae* [5]).

Auch eine solche Tutel kann unter die drey nicht mehr gerechnet werden, welche in kurzer Zeit zu Ende geht.

5) S. *de* Buchholtz Vatican. Fragm. ad §. 126. pag. 115.

Daher sagt Callistratus *libro IV. de Cognitionibus* [6]:

Non tantum magnitudo patrimoniorum intuenda est [7] susceptarum trium tutelarum, eiusque [8], quae suscipienda est, *sed etiam aetas pupillorum consideranda est.* Nam si priorum pupillorum aetas prope pubertatem sit, ita ut tantummodo semestre tempus reliquum fuerit, eorum, quorum suscipere tutelam cogitur, non dabitur excusatio: idque principalibus constitutionibus cavetur.

Wenn also von den drey Vormundschaften, die der Vormund verwaltete, eine geendiget ist, so kann ihm eine neue aufgetragen werden. War der Antrag der neuen geschehen, ehe noch eine von den drey Tutelen geendiget war, so ist diese Delation an sich nicht ungültig, sondern der Vormund muß sich entschuldigen. Diese Entschuldigung fällt aber weg, wenn sich eine von den drey Vormundschaften endigte, auch ehe sich noch der Tutor gegen den neuen Antrag entschuldiget hatte. Die angetragene vierte Tutel tritt nun in die Stelle der geendigten dritten, und den Vormund trifft das periculum cessationis. Hierher ge-

6) *L. 17. pr. D. h. t.*

7) Diese Lesart, welche auch die Glossatoren vor Augen hatten, und Baudoza, Merlinus, und mehrere haben, auch Beck in seine Ausgabe aufgenommen hat, scheint mir vor der florentinischen *ineunda* den Vorzug zu verdienen.

8) Die Florentine liest quaeque. Allein eiusque, quae haben Haloander, Baudoza, Merlinus, und Beck. Wenigstens kann das quaeque nicht anders verstanden werden, wie es auch Pothier in Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XIV. not. o. erklärt.

hört die schwierige Stelle des Paulus aus dessen *Libro VI. Quaestionum* [9]). Sie lautet also:

Si is, qui tres tutelas administrabat, duobus pupillis diversis decretis datus est, qui potuit excusari, et priusquam causas excusationis allegaret, unus ex pupillis, quorum iam tutelam administrabat, decessit: ubi desiit ei competere excusatio, statim tenuit eum prius decretum, quasi in loco tertiae tutelae quarta subroganda: nam ipso iure tutor est, et antequam excusetur. Potuit ergo tutela eius, qui nunc quarto loco invenitur, excusari: sed cum non sit excusatus, necessario subeundum est onus illius quoque tutelae. Nec me movet, quod dicat aliquis, hocne exigi, an administretur tutela? hoc enim eo pertinet, ne sit finita administratio: ceterum, si periculum sustineat cessationis, puto ei imputandam eam quoque tutelam.

§. 1. Idem evenire potest, si duobus testamentis, cum haberet tres tutelas, tutor datus est: ubi non apertarum tabularum tempus inspici debebit, si quaeratur, quae prior delata sit tutela, sed aditae hereditatis, vel conditionis existentis.

§. 2. Illa quoque erit differentia tutelarum, de quibus diximus, si tertia et quarta sit delata, licet in quartam [10]) prius detentus sit, quod huius, id

9) *L.* 31. *pr. et* §. 1. *et* 2. *D. h. t.*

10) Statt in quartam muß unstreitig in *quarta* gelesen werden, wie auch Brenkmann ad h. L. behauptet. So liest auch Halander, und so lesen alle nicht Florentinischen Ausgaben, auch die neueste von Beck.

est, quartae, ex quo iussus est administrare, illius, ex quo datus est, periculum sustinet.

Hier ist nun der Fall, daß demjenigen, welcher schon drey Tutelen verwaltete, vom Prätor oder Präses eine vierte und fünfte durch zwey verschiedene Decrete war aufgetragen worden. Hier konnte sich der Vormund entschuldigen, er konnte anführen, er sey schon durch die drey Vormundschaften, welche er zu verwalten habe, genugsam belastet. Dieß mußte er aber binnen der gesetzten Zeit thun, wovon §. 1557. die Rede seyn wird. Ehe sich jedoch der Vormund noch binnen der bestimmten Zeit entschuldiget hatte, starb einer von den Pupillen, deren Vormundschaft er verwaltete. Hiermit war nun eine von den drey ersteren Vormundschaften geendiget, und das erste Decret war nun von diesem Augenblick an für den Vormund verbindlich. Nun hat er in Ansehung der vierten Tutel keine Entschuldigung mehr, denn diese ist an die Stelle der geendigten dritten getreten, wenn er gleich von dieser noch keine Rechnung abgelegt hat [11]). Dieß ist es, wenn Paulus sagt: *ubi desiit ei competere excusatio; statim tenuit eum prius decretum, quasi in loco tertiae tutelae quarta surroganda.* d. h. die Entschuldigung gegen die vierte Tutel fällt weg, sobald durch den Tod des Pupillen die dritte Tutel geendiget ist. Das Decret des Prätors, wodurch dem Vormund die vierte Tutel aufgetragen wurde, tritt nun in seine Wirkung, denn diese Tutel, welche anfangs die vierte war, ist nun die dritte, weil sie ipso iure an die Stelle der dritten trat, sobald diese geendigt war. Sie wurde zwar dem Vormund angetragen, ehe noch die dritte Vormund-

11) *L. un. Cod. Qui numero tutelar. se excus.* (V. 69.)

schaft geendiget war; allein dieß alterirt die Sache nicht, weil er von der ihm aufgetragenen vierten Tutel ipso iure Vormund ward, auch ehe er sich noch entschuldigt hatte, wie hier Paulus sagt. Denn nach dem strengen Rechte kann demjenigen, welcher schon drey Tutelen verwaltet, auch noch eine vierte gültig aufgetragen werden, weil es ja immer noch erst darauf ankommt, ob sich der Vormund entschuldigen wird, und sie wird ihm anders nicht wieder abgenommen, als wenn seine Excusation vom Richter genehmiget worden ist. Nur gegen die fünfte Tutel könnte sich also der Vormund entschuldigen, weil diese jetzt die vierte ist. Potuit ergo, sagt Paulus, tutela eius, qui nunc quarto loco invenitur, excusari. Dennoch soll der Vormund auch noch die Last der vierten Tutel übernehmen, fügt er gleich hinzu, cum non sit excusatus. Daß nicht eher von einer Excusation gegen die fünfte, nun vierte Vormundschaft die Rede seyn könne, als bis gewiß zu seyn angefangen, daß eine Excusation gegen die vierte, nun dritte Tutel nicht mehr Statt finde, versteht sich. Aber warum soll nun dem Vormunde auch gegen diese keine Excusation mehr zustehen? Sollen wir etwa, wie einige wollen, diese Stelle für ein Glossem eines unverständigen Interpreten halten? Anton Faber [12]) meint zwar, diese Worte wären in den florentinischen Pandecten mit einem Sternchen markirt; allein in meiner taurellischen Ausgabe findet sich ein solches Wahrzeichen nicht. Es ist auch gar kein Grund vorhanden, diese Stelle für unächt zu halten. Cujaz [13]) erklärt sie

12) Jurispr. Papinian. scient. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. a. pag. 1101.

13) Commentar. in Libr. VI. Quaestionum Pauli ad L. 31.

so, weil sich der Vormund nicht binnen der gesetzten Zeit entschuldiget habe, so müsse er auch die Last der vierten Vormundschaft übernehmen. Dagegen wendet nun zwar Faber ein, dieß stimme mit den vorhergehenden Worten: *et priusquam causas excusationis allegaret*, und den folgenden: *ubi desiit ei competere excusatio*, nicht überein, diese bewiesen vielmehr, daß der Vormund seine Excusation nicht propter lapsa tempora, sondern propter defunctum intra tempus proponendae excusationis unum ex pupillis, quorum idem tutor iam tutelam administrabat, verloren habe. Was könnte wohl darauf ankommen, sagt Faber, ob ein Pupill gestorben sey, oder nicht, wenn der Zeitablauf dem Vormund die Excusation genommen hätte? Ja es habe nicht einmahl die Excusationsfrist gegen den Auftrag der fünften Vormundschaft ablaufen können, solange die Excusation noch gegen die vierte Vormundschaft zulässig war. Dem sey nun, wie ihm wolle, genug der Vormund hatte seine Excusation gegen die fünfte, nunmehr die vierte Vormundschaft verloren, und mußte sich nun auch der Last dieser Vormundschaft unterziehen. Vergleichen wir indessen mit unserer Stelle die Basiliken [14]) in denen es heißt: εἰ δὲ μὴ αἰτήσει, καὶ ἐπ' αὐτῇ κρατεῖται, i. e. *Sed et in ea*, (sc. quarta) *nisi petat excusari se, detinebitur*, und verbinden wir damit noch die Erklärung des griechischen Scholiasten [15]), welcher die Worte des Pau-

D. h. t. (in *Operib. postum. a* Fabroto *editis.* Tom. II. pag. 1094.)

14) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 1. Const. 30. pag. 13. (edit. *Fabroti*).

15) *Basilica* Tom. V. pag. 42.

lus: Potuit ergo etc. so ins Griechische übertragen hat: *δυνάται οὖν τὴν ἐκείνου τοῦ πουπίλλου ἐπιτροπὴν παραιτεῖσθαι τὴν σήμερον οὖσαν δ'. ἐπειδὴ δὲ οὐκ ἐχρήσατο τῇ ἐξκουσατίονι τῆς δ'. ἐπιτροπῆς, ὑπόκειται τῷ ἐξ αὐτῆς βαρεῖ.* i. e. *Potuit ergo a tutela eius pupilli excusari, quae nunc est quarta; sed quia non se ab ea excusavit, oneri eius subücitur;* so gewinnt nicht nur dadurch die Erklärung des Cujaz, welcher auch Pothier [16]) beystimmt, mehr Ansehen, sondern es wird auch der Verdacht eines etwanigen Glossems völlig beseitiget. Allein vielleicht kann sich der Vormund auch nicht einmahl gegen die fünfte Tutel, die nun die vierte ist, entschuldigen. Diesen Zweifel wirft hier noch Paulus auf. Der Grund ist, weil diejenige Tutel, welche jetzt die dritte ist, noch nicht von dem Vormunde verwaltet wurde, und drey Tutelen nicht entschuldigen, wenn sie nicht verwaltet werden [17]). Paulus sagt: *Nec me movet, quod dicat aliquis, hoc ne exigi, an administretur tutela?* Diese Worte sind frageweise zu verstehen, wie sie auch Cujaz [18]) ganz richtig erklärt. Paulus wollte soviel sagen: Nonne hoc exigitur, ut administrentur tres tutelae, quarum beneficio quis se a quarta excusari desiderat? Es ist also nicht nöthig mit Halander die florentinische Lesart zu verlassen, und statt *hocne*, hoc non. [19]) zu

16) Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XII. not. d. pag. 127.

17) §. 5. *I. h. t.*

18) Cit. loc. pag. 1094.

19) Hoc *non* lesen zwar auch Baudoza, Merlinus, Miräus, und Beck; allein diese Emendation ist um so weniger nöthig, da auch *ne* in den Pandecten häufig für non gebraucht wird. S. Brissonius de Verb. Signif. voc. *Ne.*

leſen, und eben ſo wenig kann auch mit Johann Wilh. Marckart [20]) das ne für *ne quidem* genommen werden. Der Sinn der Worte des Paulus iſt alſo. Man könnte zwar, will er ſagen, dagegen, daß ich geſagt habe, die Tutel, welche aus der vierten die dritte geworden iſt, gebe eine Excuſation gegen diejenige, welche die fünfte war, und nun die vierte geworden iſt, einwenden, der Vormund habe die dritte noch nicht verwaltet; ſie ſey alſo zu den drey Tutelen, welche gegen die vierte entſchuldigen, nicht mit zu rechnen. Dieſen Einwurf beantwortet nun Paulus ſo. Nec me movet, etc. *Hoc enim eo pertinet, ne sit finita administratio.* Der Sinn dieſer Worte iſt. Allerdings entſchuldigen drey Tutelen gegen die Uebernehmung einer vierten. Dieß ſetzt aber voraus, daß von den drey Tutelen noch keine geendiget iſt. Hier ward aber die dritte, welche der Vormund wirklich verwaltete, durch den Tod des Pupillen geendiget. Dadurch trat nun die vierte Tutel ipso iure in die Stelle der geendigten dritten ein. Hatte nun auch der Vormund die vierte Tutel, oder jetzt die dritte, ſelbſt noch nicht verwaltet, ſo iſt es ſchon genug, daß er ſie zu übernehmen ſchuldig war. Dazu war er aber verpflichtet. Nam ipso iure tutor est, et antequam excusetur. Von dem Augenblick an, da der Vormund, nach Endigung der dritten Tutel, die er verwaltet hatte, die vierte übernehmen mußte, gieng auch, im Säumungsfalle, die Gefahr derſelben auf ihn über. Sie kann alſo zu den drey Tutelen, die eine Excuſation geben, um ſo mehr gerechnet werden, da er, wie Paulus ſagt, *periculum sustineat ces-*

20) Interpretat. receptar. iuris civ. Lection. Lib. I. Cap. 6. pag. 42.

sationis, wenn er auch die Verwaltung derſelben noch nicht berührt hatte [21]). In den Baſiliken [22]) iſt dieſer Sinn ganz kurz und richtig ſo aufgefaßt. Καὶ ὁ μὴ διοικῶν τὴν ἐγκινδυνευομένην αὐτῷ ἐπιτροπὴν λογίζεται αὐτὴν εἰς τὰς τρεῖς ἐπιτροπάς. i. e. *Etiam is, qui non administrat tutelam, cuius periculum sustinet, computat eam in numerum trium tutelarum.* Der griechiſche Scholiaſt [23]) hat die Worte des Paulus ſo überſetzt: καὶ οὐκ ἀντίκειταί μοι τὸ δυνάσθαι λέγειν, καὶ τοι τότε κέχρηταί τις ἐξκουσατίονι τῆς δ'. ἐπιτροπῆς ὅτε διοικεῖ τὴν γ'. πρὸς τὸ ἤδη περαιωθῆναι τὴν γ'. ἐπιτροπὴν. ἐπὶ δὲ τοῦ παρόντος θέματος, ἐπειδὴ κατὰ νόμον εἰς τὴν τρίτην καλούμενος ὑπέχει τὴν κίνδυνον αὐτῆς, λογιζόμεθα καὶ αὐτὴν εἰς ἐξκουσατίονα δ'. ἐπιτροπῆς. i. e. *Nec obstat, quod dici potest, tunc excusatione uti quem quartae tutelae, cum administrat tertiam: quod eo pertinet, cum nondum finita est tertia. In hoc autem casu, quia iure vocatus ad tertiam, eius periculum sustinet, imputamus eam ad excusationem quartae tutelae.*

Derſelbe Fall kann auch vorkommen, fährt Paulus fort,

21) Man vergleiche hier noch eine andere Stelle des Paulus, nämlich die *L.* 60. *pr. D. de ritu nuptiar.* wo er ſagt: periculum tutelae, quod ad tutorem pertinet, in numerum trium tutelarum computari. S. auch Faber c. l. pag. 1102. Cujacius c. l. pag. 1094. beſonders in Commentar. ad Tit. Pandect. de Excusation. ad L. 2—5. h. t. und Pothier c. l. not. e. pag. 127.

22) Cit. loc. Tom. V. pag. 13.

23) Tom. V. *Basilicῶν.* pag. 42.

wenn derjenige, welcher schon drey Tutelen hatte, nachher noch in zwey verschiedenen Testamenten von zwey verschiedenen Testatoren zum Vormund bestellt worden ist. Hier tritt nun zwar auch, wenn eine von den drey ersten Vormundschaften, welche der Tutor verwaltete, geendigt ist, diejenige, welche dem Vormund zuerst durch Testament deferirt wird, ipso iure in die Stelle der dritten geendigten ein, auch ehe noch der Vormund sich entschuldigt hat, und er kann sich nun gegen diejenige entschuldigen, die ihm nachher noch aus einem andern Testamente deferirt wird. Allein es fragt sich, welche von diesen testamentarischen Tutelen die erste sey, um sich gegen die andere zu entschuldigen? Hier ist nicht auf die Zeit zu sehen, da das erste Testament eröfnet worden, sondern es kommt darauf an, aus welchem Testamente zuerst die Erbschaft angetreten worden ist. Diese Tutel ist dann die erste, welche dem Vormunde deferirt wird. Gegen diese kommt ihm nun keine Entschuldigung mehr zu, sondern er kann sich nur gegen die Uebernehmung derjenigen Tutel entschuldigen, welche ihm nachher aus dem andern Testamente deferirt wird, denn das wäre die vierte Tutel. Ist die testamentarische Vormundschaft unter einer Bedingung bestellt, so kommt es darauf an, welche Bedingung zuerst existirt, diese Tutel ist diejenige, welche zuerst deferirt wird, gegen welche nun keine Entschuldigung mehr Statt findet, und bey welcher nun auch die Gefahr sogleich eintritt, wenn der Vormund mit Uebernehmung derselben zaudert. Dieß ist der Sinn der Worte des Paulus: in tutelis testamentariis *non apertarum tabularum tempus* inspici debebit, si quaeratur, quae prior delata sit tutela: *sed aditae hereditatis, vel conditionis existentis*, so wie diese

Worte auch Vivianus [24]) erklärt. Es ist also zwischen einer testamentarischen und obrigkeitlich aufgetragenen Tutel nur in Ansehung der Zeit der Delation ein Unterschied, weil jene nicht eher deferirt wird, als wenn der Erbe die Erbschaft aus dem Testamente angetreten hat, wovon Cujaz [25]) den Grund angiebt, weil Tutelen nicht auf die Erben übergehen [26]). In sofern aber kommen beyde überein, daß wenn demjenigen, der schon drey Vormundschaften verwaltete, noch zwey neue Vormundschaften sind angetragen worden, die zuerst deferirte neue an die Stelle der geendigten dritten tritt. Der griechische Scholiast [27]) hat den Sinn der Worte des Paulus so aufgefaßt: Τοῦτο γὰρ συμβαίνειν δύναται, εἰ καὶ εν βʹ. διαθήκη ἐκδοθῇτις ἐπίτροπος, ἔχων ἤδη τρεῖς ἑτέρας ἐπιτροπὰς. πάλιν γὰρ ἑὸς τῶν τριῶν πουπίλλων τελευτῶντος, ὑπεισέρχεται εἰς τὴν τόπον τῆς γʹ. ἐπιτροπῆς ἡ ἐν πρώτῃ διαθήκῃ καταλειφθεῖσα αὐτῷ ἐπιτροπὴ. οὐ νοοῦμεν δὲ πρώτην διαθήκην ἐκείνην τὴν πρότερον ἀνοιγεῖσαν, ἀλλὰ τὴν πρότερον ἀδιτευθεῖσαν, ἢ ἧς πρότερον ἡ ἄιρεσις ἐξῆλθε. i. e. *Idem evenire potest, si duobus testamentis tutor datus est, qui iam tres alias tutelas habebat*, nam et uno ex tribus pupillis defuncto, in locum tertiae tutelae succedit priori testamento delata tutela. Prius autem testamentum id dicitur, non quod prius aper-

24) S. die Glosse zu L. 51. h. t.

25) Cit. loc. pag. 1094.

26) *L.* 16. §. 1. *D. de tutelis.* *L.* 6. §. 6, *D. de his, qui notant, infam.*

27) Tom. V. *Basilic.* pag. 42.

tum est, sed id, ex quo adita prius hereditas est, vel cuius conditio prius extitit.

Hatte die Obrigkeit, um mit Paulus auf den ersten Fall wieder zurückzukommen, dem Vormunde, der schon drey Tutelen verwaltete, noch zwey andere durch zwey verschiedene Decrete aufgelegt; so kann zuweilen Zweifel entstehen, welche von diesen neuen Tutelen die erste sey, die fünfte, oder die vierte? Endigte sich die dritte durch den Tod eines Pupillen, so tritt zwar die durch das erste Decret dem Vormund aufgelegte vierte Tutel an die Stelle der geendigten dritten, und die durch das jüngste Decret aufgelegte wird also die vierte. Allein weil sich der Vormund gegen diejenige Tutel, die nun die dritte geworden, nicht mehr entschuldigen konnte, wegen der vierten aber sich nicht entschuldiget hatte; so wird ihm von der Obrigkeit aufgelegt, auch die vierte zu übernehmen. Welches ist nun hier von den beyden neuen Tutelen die erste? In Absicht auf die Zeit der eintretenden Gefahr ist dieser Unterschied von Wichtigkeit, wie auch Paulus sagt. Der Vormund hatte nun zwar zuerst wegen der vierten Tutel die Auflage erhalten, dieselbe zu übernehmen, das heißt hier: tutor in quarta prius detentus est; allein sie war doch in Ansehung der Delation die letzte. Es ist daher diejenige Tutel unstreitig die erste, und also jetzt die dritte, welche der Zeit des Decrets nach die erste ist, weil dieses Decret sogleich in Wirkung tritt, sobald die dritte Tutel geendiget ist. Die Gefahr der Zögerung trifft also den Vormund gleich, sobald ihn bekannt geworden, daß er zum Vormund bestellt sey, weil er sich nun nicht mehr gegen die Tutel entschuldigen kann, welche jetzt aus der vierten die dritte geworden ist. Die letzte aber, welche jetzt die vierte ist, ist diejenige, in qua prius

detentus est, und deren Gefahr geht erst von der Zeit an auf den Vormund über, wo ihm die Verwaltung derselben durch obrigkeitliches Dekret ist aufgelegt worden, nicht gleich von dem Tage an, da ihm die Vormundschaft aufgetragen wurde, und er sich noch entschuldigen konnte. Dieß ist also der Unterschied zwischen der vierten und fünften obrigkeitlich aufgetragenen Tutel. Die Gefahr der vierten geht von dem Tage an auf den Tutor über, da er wußte, daß er zum Vormund bestellt worden sey, die Gefahr der fünften aber geht nicht gleich von diesem Tage an auf ihn über, weil er sich noch entschuldigen konnte, sondern erst von dem Tage an, da ihm die Auflage geschehen war, die Tutel zu übernehmen, weil er sich nicht binnen der gesetzten Zeit entschuldiget hat [28]). So sind des Paulus Worte zu verstehen: Illa quoque erit differentia tutelarum, de quibus diximus, si tertia et quarta sit delata, licet in quarta prius detentus sit: *quod huius, id est quartae, ex quo iussus est administrare, illius, ex quo datus est, periculum sustinet.*

Wie aber, wenn einem Vormunde, der nur zwey Tutelen verwaltete, eine dritte aufgelegt wird, er appellirt aber dagegen, und während des Processes wird er noch mit einer vierten belästiget, muß er etwa, weil die dritte streitig ist, nun die vierte übernehmen? oder muß er sich nicht wenigstens gegen die vierte mit der dritten entschuldigen? Dieß ist die Frage, welche Modestin *libro secundo Excusationum* [29]) aufwirft. Seine Worte sind:

28) S. Cujacius c. l. pag. 1096. und Pothier Pand. Justin. c. l. not. f. pag. 127.

29) *L. 4. pr.* D. h. t.

Ἔφαμεν τρεῖς ἔχοντας ἐπιτροπὰς εἰς τετάρτην μὴ καλεῖσθαι. Ἐζητήθη τοίνυν, ἐὰν τις ἐν δύο ὧν ἐπιτροπαῖς, εἶτα εἰς ἐπίτροπὴν τρίτην προβληθεὶς ἐκκαλέσηται, καὶ ἔτι μετεώρου οὔσης τῆς δίκης τῆς ἐπὶ τῇ ἐκκλήτῳ εἰς τετάρτην ἐπιτροπὴν προβληθῇ, πότερον εἰς τὴν τετάρτην δικαιολογούμενος μνησθήσεται καὶ της τρίτης, ἢ παντάπασιν παραλείψει ἐκείνην.

Augustinus: *Diximus tres tutelas habentes, ad quartam non esse vocandos. Quaesitum igitur est, si quis duas tutelas habeat, et tertia oneratus appellaverit, pendenteque adhuc iudicio appellationis quarta tutela oneretur, an in allegatione excusationum quartae mentionem tertiae faciet? aut eam omnino omittet?*

Um dieſe Frage zu entſcheiden, beruft ſich Modeſtin auf eine Conſtitution der Kaiſer Severus und Antoninus. Vermöge derſelben ſoll demjenigen keine vierte Tutel aufgebürdet werden, der gegen die dritte appellirt hat, ſondern das Ende des Proceſſes abgewartet werden, und zwar aus dem allerdings ſehr richtigen Grunde, weil der Vormund, wenn er die vierte Tutel, ſtatt der dritten, übernehmen müßte, ſollte nachher ſeine Excuſation gegen die dritte Tutel verworfen werden, widerrechtlicher Weiſe mit vier Laſten beſchwert werden würde. Da nun hier der Vormund die dritte Tutel noch nicht übernommen hat, ſo kann er ſich auch derſelben noch nicht als Entſchuldigungsgrund gegen die vierte bedienen, welches er auch während des Proceſſes gar nicht nöthig hat [30]). Mode-

30) S. *Basilica* Tom. V. pag. 27. Schol. m. *Ant.* Augustinus ad Modestinum h. L. Tom. IV. *Thes. Otton.*

stin hat hier wider seine Gewohnheit die lateinischen Worte der Constitution nicht angeführt, sondern nur den Inhalt derselben griechisch angegeben. Er sagt nämlich:

Καὶ εὑρίσκω ὑπὸ τῶν θειοτάτων Σεβήρου καὶ Ἀντωνίνου διατεταγμένον, μὴ δεῖν εἰς τετάρτην προχειριζεσθαι τὸν ἀπὸ τῆς τρίτης ἔκκλητον πεποιημένον, ἀλλὰ μετεώρου οὔσης τῆς ἐπὶ τῇ τρίτῃ χειροτονίᾳ δικαιολογίας, τὸ ἐκείνης τέλος περιμένειν, ὅρον ἐσόμενον τῇ τετάρτῃ χειροτονίᾳ. ὀρθῷ τῷ λόγῳ· εἰ γὰρ τὴν τῇ τάξει τετάρτην ὑποδέξεταί τις, ὡς τῇ δυνάμει τρίτην, ἀδίκου τῆς ἐπὶ τῇ τρίτῃ ἐκκλήτου ἀποφανθείσης, τέσσαρσι χρείαις ἐγκατασχεθήσεται παρὰ τοὺς νόμους.

Augustinus: *Et invenio a Divis* Severo *et* Antonino *constitutum esse, non oportere ad quartam tutelam crearì eum, qui a tertia provocaverit, sed dum pendet, allegationum tertiae iudicium exspectare, cuius finis finem quartae excusationibus faciet. Recta sane ratione. Nam si quis eam, quae quarta est, quasi tertiam susceperit, et iniusta appellatio de tertia appareat, quatuor oneribus contra leges onerabitur.*

Ist es ungewiß, welches die dritte, und welches die vierte Tutel sey, um sich gegen die letzte zu entschuldigen, so hat nicht der Vormund die Wahl, welche er übernehmen will, sondern es entscheidet die Obrigkeit, welche die Tutelen aufgelegt hat. Einen solchen Fall hat auch Modestin. Er sagt nämlich *libro II. Excusationum*[31]):

pag. 1569. und *Ant.* Faber Jurisprud. Papinian. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. 2. pag. 1099. sq.

31) *L.* 6. *pr. D. h. t.*

Ἐὰν δύο ἔχοντι ἐπιτροπὰς ἄλλαι δύο ὁμοῦ ἐπαχθῶσιν, ἡ τῇ τάξει τρίτη βοηθήσει αὐτῷ εἰς τὴν ἄφεσιν τῆς τετάρτης, κἂν Αὐτοκράτωρ ἢ ὁ τὴν τετάρτην ἐγχειρίσας, ἢ τὴν τρίτην, πρὶν μέντοι γνῶναι τὰ τοῦ αὐτοκράτορος, φθάσει προβληθεὶς εἰς ἄλλην· Ἐὰν δὲ ἡ τάξις μὴ φαίνεται, ἀλλὰ ἐν μιᾷ ἡμέρᾳ αἱ δύο χειροτονίαι προτεθῶσιν ἐν διαφόροις χάρταις, οὐχ ὁ χειροτονηθεὶς ἀλλὰ ὁ χειροτονήσας ἐπιλέξηται, ὁποίαν δεῖ αὐτὸν ὑποδέξασθαι.

Augustinus. *Si duas tutelas habens, alteris duabus oneretur, quae tertia erit ordine, iuvabit eum ad quartae excusationem: licet Imperator sit, qui quartam detulit: aut etiam tertiam, scilicet, si ante quam sciretur, quid is vellet, antevertit alius in creatione tutoris. Si vero ordo non appareat, sed eadem die diversis tabulis* [32]*. duae creationes factae proponantur: non creatus, sed creans eliget, quam subire eum oporteat.*

Hier waren demjenigen, welcher schon zwey Vormundschaften verwaltete, noch zwey andere an einem Tage obwohl durch verschiedene Decrete aufgetragen, so daß man nicht wußte, welches die dritte, und welches die vierte sey. Hatte sich der Vormund einer derselben unterzogen, ehe er von der andern Nachricht erhalten, so wird diese als die dritte angesehen, wenn sie gleich der Ordnung nach die vierte wäre, und die dritte von dem Imperator selbst wäre aufgelegt worden. Ist aber dieses nicht der Fall, so wählt der, welcher die zwey letzten aufgelegt hat [33].

32) Χάρται heißen sonst instrumenta, hier wohl so viel, als decreta.

33) S. *Ant.* Augustini Comment. ad h. L. Modestini. (in

Hatte ein Vormund drey Tutelen, es hat aber nachher einer von den Pupillen unter vormundschaftlicher Auctorität von der väterlichen Erbschaft, wegen väterlicher Schulden, abstinirt; so wird dieß so angesehen, als hätte der Vormund diese Vormundschaft niedergelegt. Sie wird also nun nicht mehr gerechnet, wenn auch der Pupill noch ein geringes eigenes Vermögen haben sollte. Zwar wird durch diese Lossagung von der väterlichen Erbschaft die Vormundschaft an sich eben so wenig geendiget [34]), als der Pupill dadurch nach dem strengen Rechte aufhört, Erbe seines Vaters zu seyn [35]); allein der Vormund kann sich

Thes. Otton. Tom. IV. pag. 1570.) und *Hug.* Donellus in Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap 9. §. 18.

34) *L.* 18. *in fin. D de tut. et ration. distrahend. L.* 67. §. *ult. D. de ritu nuptiar.* S. Cujacius in Comm. ad L. 31. §. 3. D. h. t. *Opp. postum.* Tom. II. pag. 1095.

35) *L.* 30. §. 10. *D. de fideicommiss. libertat.* (XL. 5.) Der Prätor aber befreyt ihn von den erbschaftlichen Lasten, und in dieser Hinsicht hört er nach dem prätorischen Rechte auf heres zu seyn. Daher sagt Paulus *L.* 12. *pr. D. de interrogat. in iure faciend.* Hunc qui abstinuit, Praetor non habet *heredis loco.* Doch ist jener Satz des strengen Rechts nicht ohne wichtige Folgen; vermöge desselben bleiben wenigstens die Dispositionen des Erblassers, welche die Person und das Vermögen des eingesetzten Kindes betreffen, wie die Ernennung eines Tutors und die Pupillarsubstitution, zum eignen Besten des Kindes gültig, wie ich auch an einem andern Orte Band 29. S. 240. bemerkt habe, nur bin ich darin zu weit gegangen, daß ich diese Folge auch auf Vermächtnisse ausgedehnt habe. Denn dieser Meinung steht die *L.* 1. §. 4. *D. Ut in possess. legator.* (XXXVI. 4.) offenbar entgegen, wie Franke in den Beyträgen zur Erläuterung

nun nicht mehr gegen die Uebernehmung einer vierten Tutel entschuldigen. Paulus hat auch diesen Fall in der angeführten *L.* 31. §. 3. *h. t.* abgehandelt. Er sagt daselbst:

Eum, qui pupillum bonis paternis abstinuerit, detinendum in quarta tutela existimavi, quasi deposita illa [36]).

Die Basiliken [37]) drucken den Sinn dieser Stelle ganz richtig so aus: Τῷ ἀποστήσαντι τὴν ἀνῆβον τῆς πατρώας κληρονομίας, οὐ λογίζεται ἡ κηδεμονία αὐτοῦ εἰς τὰς τρεῖς ἐπιτροπάς. i. e. *Abstinenti pupillum hereditate paterna, tutela eius non computatur in numerum trium tutelarum.*

Erbschaftliche Klagen finden zwar nun gegen den Abstinirenden nicht mehr Statt [38]), wohl aber verbleibt ihm sein Anspruch an den Vormund, ob wohl er die actio tutelae nicht eher, als nach eingetretener Pubertät, gegen denselben anstellen kann [39]).

Endlich werden auch diejenigen Tutelen nicht gerechnet, welche der Vormund nicht wirklich verwaltet, wenn er auch gleich in subsidium für den Vormund, welcher

einzelner Rechtsmaterien 1. Abth. (Göttingen 1828. 8.) S. 145 f. gründlich gezeigt hat.

36) S. über diese Gesetzstelle Cujacii Comment. c. l. pag. 1095. und Fabri Jurispr. Papinian. c. l. pag. 1104.

37) Tom. V. pag. 13.

38) *L.* 57. *pr. D. de acquir. vel omitt. heredit. L.* 28. *D. de reb. auctor. iud. possid. L.* 4. *C. Arbitr. tutel.* (V. 51.)

39) *L.* 18. *D. de tutelae et ration. distrah.*

sie verwaltet, haften muß. Hierher gehört die Stelle des Modestinus *libro VI. Excusationum* [40]).

Ε'ὰν ὁ της πόλεως ἄρχον, τουτέστιν ὁ στρατηγὸς διαπιπτούσης αὐτῷ τῆς χειροτονίας, ὑπεύθυνος γένηται κινδύνῳ ἐπιτροπῆς, ταύτην οὐ συναριθμήσει ἄλλαις ἐπιτροπαῖς, ὥσπερ οὐδὲ ὁ ἐγγυησάμενος ἐπιτροπήν. ἀλλ' οὐδὲ οἱ κατὰ τιμὴν ἐπίτροποι γραφέντες.

Augustinus hat diese Stelle richtiger als der alte Interpres, so übersetzt: *Magistratus municipalis* [41]) *hoc est*, στρατηγὸς, *si ob creationem tutoris obligatus sit tutelae periculo, eam tutelam cum aliis non computat: quemadmodum neque fideiussor tutoris, neque tutor honorarius.*

Modestin spricht hier zuerst von einem Municipal-Magistrat, welcher wegen der Vormundschaftsbestellung mit der actio subsidiaria belangt werden kann [42]). Diese στρατηγοὶ τῶν πόλεων, wie sie Modestin [43]) nennt,

40) *L.* 15. §. 9. *D. h. t.*

41) Modestinus nennt öfters die magistratus municipales ἄρχοντες. S. *L.* 15. §. 1. *et ult. D. h. t.* Ein Name, der in den griechischen Städten, besonders bey den Athenienern, die Justizbehörde bezeichnete, welche die Jurisdiction in allen sowohl Privat- als öffentlichen Rechtssachen der Bürger ausübte. S. Meier's und Schömann's Attischen Proceß. (Halle 1824.) 1. B. 2. Kap. S. 41. ff. Hadrian war selbst, ehe er Kaiser wurde, bey den Athenern ἄρχων. S. *Ev.* Otto de Aedilib. coloniar. et municipior. Cap. II. §. 3. pag. 56.

42) *L.* 1. *pr. D. de magistratib. conveniend.* (XXVII. 8.)

43) *L.* 6. §. 16. *D. h. t.*

sind zwar, so lange sie ihr Amt führen, excusirt; sind ihnen aber nach niedergelegtem Amte Vormundschaften übertragen, so können sie, wenn sie etwa schon zwey Vormundschaften verwalten, diejenige nicht zur dritten rechnen, bey welcher, aus der vorigen Amtsbestellung, noch die Gefahr auf ihnen haftet, um sich gegen eine vierte Tutel zu entschuldigen. So fällt alle Schwierigkeit weg, welche Anton Augustinus [44]) hier zu finden glaubte [45]). Eben dieß ist der Fall bey Vormündern, die sich für einen andern Vormund verbürgt haben. Desgleichen bey bloßen zur Aufsicht über die verwaltenden bestellten Vormündern, (tutores honorarii) von denen jedoch diejenigen auszunehmen sind, welche nicht blos zur Aufsicht, sondern dazu bestellt sind, um von den verwaltenden Vormündern sich Rechnung ablegen zu lassen [46]). Diese können ihre Amtsführung, wie eine wirkliche Vormundschaft, in Anschlag bringen [47]).

Sollen drey Vormundschaften eine Entschuldigung gegen die Uebernehmung einer vierten geben; so wird ferner 2) erfordert, daß sie nicht dürfen affectatae seyn, d. h. sie müssen vom Vormunde weder gesucht, noch solche Vormundschaften seyn, gegen die sich der Vormund hätte entschuldigen können, welche er aber, weil sie vielleicht nicht bedeutend waren, freywillig übernahm, um die Zahl von

44) Ad Modestinum h. L. (Tom. IV. *Th. Ottonian* pag. 1601.)

45) S. *Ant.* Schulting Notae ad Digesta seu Pand. Tom. IV. ad L. 15. §. 9. D. h. t. pag. 463.

46) *L.* 26. §. 1. *D. de testam. tut.*

47) S. Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XIII. Not. k. pag. 127.

drey Tutelen voll zu machen, und gegen mehrere, vielleicht beschwerlichere, gesichert zu seyn. Solche Tutelen werden nicht gerechnet, weil eine Last, die sich der Vormund selbst auflegte, ihm nicht zur Entschuldigung dienen kann[48]). In den Vaticanischen Fragmenten heißt es §. 188.

In tribus non imputabitur tutela vel cura, quae *affectata* est: *affectatam* sic accipiemus, si vel appetita videatur, vel cum posset quis se excusare, ab ea se non excusavit. Creditur enim *affectasse*, qui onus, cum posset declinare, non recusavit. Et id saepe decretum est in tutore, qui non potuit invitus dari tutor, vel in curatore, qui cuius fuerat tutor, curator est nominatus[49]).

In den Institutionen sagt Justinian §. 5. *h. t.* Item tria onera tutelae non *adfectatae*, vel curae, praestant vacationem, quamdiu administrantur. Theophilus erklärt das *affectare tutelam* in seiner griechischen Paraphrase[50]) so: *εἰ πολλάκις ἐσπούδασα τὴν τοῦδε ἐπιτροπὴν ἢ κουρατωρείαν ὑπεισελθεῖν, οὖσαν εὐτελεστάτην, οὐκ ἀποπληρώσει τὸν τῶν τριῶν ἀριθμόν.* d. h. nach der Reitzischen Uebersetzung: *si forte alicuius tutelam vel curam, quae tenuissima*

48) S. *Franc.* Hotomani Commentar. in Institution. Justin. ad §. 5. h. tit. pag. 95. welcher sehr richtig sagt: *Affectatas tutelas* ICti in hac causa non simpliciter intelligunt ambitiose et cupide expetitas, sed ob id data opera expetitas, ut ad numerum prodesse possint. Man vergleiche noch *L.* 2. §. 9. *D. Si quis caution.* (II. 11.) *L.* 18. §. 1. *D. de lege Cornel. de falsis.* (XLVIII. 10.)

49) S. *de* Buchholtz Vatican. Fragment. ad h. §. 188. pag. 147.

50) Lib. I. Tit. 25. §. 5. Tom. I. pag. 192. edit. *Reitz.*

erat, suscipere studui: non implebit ea numerum trium. Also wenn man sich um eine geringfügige Tutel bewirbt, um damit die Zahl voll zu machen, und sich gegen jede neue Tutel schützen zu können. Allein eine solche Tutel soll nicht gerechnet werden. Diese Erklärung des Theophilus haben auch Everh. Otto [51]), und Emund Merillius [52]) zu der ihrigen gemacht. Otto sagt nämlich: *affectare* est studiose unam et alteram tenuissimam tutelam suscipere, ut a molesta imminente excusatio esset parata; und Merillius: *Adfectata tutela* est, si quis tutelam pauperis patrimonii adfectaverit, ut gravioris tutelae onus detrectare posset [53]). Mit dieser Erklärung des Theophilus stimmt aber auch Modestinus überein. Die aus Desselben *libro VI. Excusationum* [54]) genommene Stelle lautet also:

Ἔσθ' ὅτε καὶ ὁ τρεῖς ἔχων ἐπιτροπὰς ἢ κουρατορίας, οὐκ ἔχει δίκαιον ἀφέσεως οἷον ἐὰν τις ἐπιτηδεύσει ἀναδέξασθαι. ἤδη δὲ καὶ ὁ μετρίου γενόμενος ἐπίτροπος, ἐπιτηδεῦσαι δοκεῖ. i. e. *Interdum etiam is, qui tres tutelas habet, aut tres curas, non habet iustam excusationis causam, utputa si quis, ut tutor fieret, adfectaverit: atque et is, qui pauperis,* oder wie der alte Interpres hier richtiger, als

51) Notae criticae et Commentar. ad Institution. Justin. §. 5. h. t. pag. 146. (*Trajecti ad Rhen.* 1729. 4.)

52) Commentar. in Institut. Justin. h. t. §. 5.

53) Man vergleiche noch Brissonius de Verbor. Signif. voc. *Adfectare*, und Donellus Lib. III. Cap. 9. §. 15.

54) *L.* 15. §. 15. *D. h. t.*

Augustinus[55]), übersetzt hat, *modici patrimonii factus est tutor, adfectasse videtur.*

Dieser Erklärung entspricht auch die Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus *L. un. C. Qui numero tutelarum se excusant.* (V. 69.) vollkommen, wenn sie sagen:

Si tres tutelas vel curas eodem tempore *non defunctorie susceptas* administras: onere quartae tutelae seu curationis pupillorum seu adolescentium non gravaberis.

Denn dieß heißt, wie Franz Hotoman[56]) diese Verordnung erklärt hat, nichts anders, als: *Si non ad*

55) Anton Augustinus bey Otto Tom. IV. Thes. pag. 1602. hat die Worte: ὁ μετρίου γενόμενος ἐπίτροπος so übersetzt, *qui pauper est tutor.* Allein offenbar unrichtig, wie *Jac.* Cujacius Commentar. ad h. Tit. Pand. ad L. 2. h. t. Verb. *Tertia causa* etc. *Ant.* Faber Jurisprud. Papinian. scient. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. 9. pag. 1146. und *Arn.* Vinnius Commentar. ad §. 5. Institution. h. t. Verb. *Non adfectatae* gezeigt haben. Unter μετρίου ist hier ὀρφανοῦ oder οὐσίας zu verstehen. Es geht folglich auf den Pupillen und sein Vermögen, keinesweges aber auf den Vormund. Diese Interpretation unterstützt auch die Paraphrase des Theophilus. In den *Basilicis* Lib. XXXVIII. Tit. 1. Const. 15. pag. 10. (Tom. V. *Fabroti.*) heißt es: οὔτε ὁ μετρίου ἐπιτροπεύων, welches Fabrotus ganz richtig, *vel qui pupilli mediocris tutelam gerit*, übersetzt hat: Alles beweist die Unrichtigkeit der sonst vorzüglichern Augustinischen Uebersetzung.

56) Comment. ad §. 5. I. h. t. pag. 95. S. auch die Bemerkung des Fabrotus ad Paraphrasin Theophili §. 5. h. t. in edit. *Reitzii* Tom. I. pag. 191.

legitimum numerum explendum, non in legis fraudem, non ad προφασιν, et excusationem quaerendam, sed vere tria onera sustines: quia non trium tutelarum, sed trium onerosarum numerus excusat [57].

3) Die drey Vormundschaften dürfen nicht ganz unbedeutend seyn. Denn auch solche, wenn sie gleich ungesucht sind, kommen nicht in Betrachtung. Es kommt hier sehr viel auf die Beschaffenheit der Vormundschaften an, und diese ist nach der Größe des Vermögens der Pupillen zu beurtheilen [58]. Daher sagt Callistratus in einer oben vorgekommenen Stelle *L.* 17. *pr. D. h. t.* Magnitudo patrimoniorum intuenda est susceptarum trium tutelarum, und Paulus hält es *L.* 31. §. 4. *D. h. t.* für billig, daß der Prätor zuweilen auch schon eine Tutel für hinreichend halte, um den Vormund mit mehreren zu verschonen, wenn diese nämlich so schwierig, mühsam, und weitläuftig ist, daß sie für mehrere gelten kann. Er sagt:

Ceterum putarem, recte facturum Praetorem, si etiam unam tutelam sufficere crediderit, si tam diffusa et negotiosa sit, ut pro pluribus cedat.

Es ist jedoch 4) die Zahl der Vormundschaften nicht nach den Personen, sondern nach dem Vermögen zu beurtheilen. Nicht die Zahl von drey Pupillen, welche, als Kinder eines Vaters, ein noch ungetheiltes Vermögen

57) In einer andern Bedeutung kam das Wort *defunctorie* oben Th. 30. §. 1323. in der *L.* 2. §. 1. *D. Qui petant. tutor.* vor.

58) S. Cujacii Commentar. ad h. tit. ad L. 2. und Monzanus Cap. XXXV. nr. 130. et 131.

besitzen, machen also drey Vormundschaften aus, sondern das getheilte Vermögen derselben, wegen der dadurch vervielfältigten Vormundschaftsrechnungen. Dieß ist es, worauf uns besonders Ulpian aufmerksam macht, wenn er *libro singulari de officio Praetoris tutelaris* [59]) sagt:

Tria onera tutelarum dant excusationem. *Tria* autem *onera* sic sunt accipienda, *ut non numerus pupillorum plures tutelas faciat, sed patrimoniorum separatio*: et ideo, qui tribus fratribus tutor datus est, *qui indivisum patrimonium haberent*, vel quibusdam tutor, quibusdam curator, *unam tutelam suscepisse creditur* [60]).

Es ist also nur eine Vormundschaft, welche Jemand über mehrere Geschwister führt, die ein noch ungetheiltes Vermögen haben, wenn gleich der Vormund bey einigen Kindern Tutor, bey andern Curator wäre, wie auch Justinian lehrt §. 5. *I. h. t.* wo er sagt:

Ut tamen plurium pupillorum tutela vel cura

59) *L. 3. D. h. t.*

60) Diese ganze Stelle aus Ulpian ist auch in den *Vatican. Fragment.* §. 186. befindlich. Es ist aber damit noch eine Stelle in den *Vatican. Fragment.* zu verbinden, nämlich §. 231. welche aus des Paulus *libro singulari de excusationibus* genommen ist: Da heißt es: *Hi, qui très pluresve tutelas vel curationes vel permixto modo cuiuscumque tituli separatas administrant, excusari a tutela curationeve solent. Quod si fratrum tutelam suscipiant, pro* UNA TUTELA *reputantur* EADEM BONA. S. *de* Buchholtz Vatican. Fragment. ad h. §. 231. pag. 177. et ad §. 186. pag. 146.

eorundem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur.

Theophilus in seiner griechischen Paraphrase [61]) hat das, was Ulpian und Justinian hier sagen, zusammengefaßt. Er sagt:

Ἐκεῖνο δὲ εἰδέναι χρὴ, ὅτι ἐκ τῶν οὐσιῶν, οὐ μὲν ἐκ τῶν προσώπων, τὸ πλῆθος κρίνεται τῶν ἐπιτροπῶν· εἰ γάρ τις τελευτήσῃ ἐπὶ τρισὶν ἢ πλείοσι παισὶ, γένωμαι δὲ τούτων κηδεμὼν, μία ἔσται ἡ ἐπιτροπὴ, ἐπειδὴ κἀι μία περιουσία.

Dieß heißt nach der Reitzischen Uebersetzung: *Porro illud scire oportet, quod ex* PATRIMONIIS, *non ex personis, tutelarum multitudo iudicetur. Si quis enim obierit, relictis tribus aut pluribus liberis, et ego horum tutor vel curator fiam,* UNA *erit* TUTELA, *quoniam et* UNUM *est* PATRIMONIUM.

Paulus [62]) nennt die Geschwister, welche ein gemeinschaftliches Vermögen ungetheilt besitzen, *fratres consortes*, welchen Ausdruck Jac. Cujacius [63]) ausführlich erklärt hat. Paulus sagt ebenfalls, die Vormundschaft über dieselben sey nur für eine zu rechnen. Denn hier brauche der Vormund über das noch ungetheilte Vermögen seiner Pupillen nur eine Rechnung zu führen. Fratres enim, si idem patrimonium habent, sagt Paulus, *et ratio administrationis pariter reddenda est.* Ist aber das Vermögen derselben getheilt, so entsteht nun dadurch die Schwierigkeit einer multiplicirten Vormundschafts-

61) Tom. I. pag. 192. edit. *Reisk.*

62) *L.* 31. §. 4. *D. h. t.*

63) Observat. Lib. V. cap. 10.

rechnung, und darin, sagt Paulus, liegt der Grund, warum die Theilung des Vermögens verschiedene Vormundschaften hervorbringt. Seine Worte sind:

Et ex diverso fratrum *diviso patrimonio* duae tutelae sunt: non enim, ut dixi, numerus pupillorum, sed *difficultas rationum conficiendarum et reddendarum consideranda est.*

Ist nur ein Pupill vorhanden, seine Güter aber liegen an verschiedenen Orten, so kommt diese zerstreute Lage bey der Berechnung der Vormundschaften nicht in Betrachtung. Eine solche Vormundschaft gilt, wie Papinian *libro V. Responsorum* [64]) sagt, doch nur für eine, *quod videlicet* UNIUS *duo patrimonia non viderentur.*

Es ist jedoch 5) nicht nöthig, daß derjenige, welcher sich mit der Last von drey Vormundschaften entschuldigen will, alle drey selbst verwalten müsse; es ist genug, wenn sie nur in einem Hause, d. h. in einer Familie sind, in sofern dieser Ausdruck iure proprio, wie Ulpian [65]) sagt, plures personas, quae sunt *sub unius potestate*, aut natura, aut iure subiectae, una cum patrefamilias, bezeichnet. Daher wird der Vater durch die Vormundschaften, die sein Sohn, der noch in seiner väterlichen Gewalt ist, mit seiner Bewilligung übernommen hat, und so auch der Sohn durch die Tutelen seines Va-

64) *L.* 30. §. 1. *D. h. t.* S. *Jac.* Cujacii Comment. in libr. V. Responsor. Papin. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I pag. 211.)

65) *L.* 195. §. 2. *D. de Verb. Signif.* Man vergleiche auch §. 8. *I. de testam. ordin.* und *L.* 1. *C. de honorib. et muneribus non contin. inter patr. et fil.* (X. 40.) S. *de* Buchholz Vatic. Fragm. ad §. 190. pag. 148.

ters entschuldiget, weil der Vater für die Tutelen haften muß, die sein Sohn mit seiner Bewilligung verwaltet. Ja auch der Bruder kann sich mit den Tutelen seines Bruders entschuldigen, wenn beyde noch in väterlicher Gewalt sind, denn die Gesetze wollen nicht, daß eine Familie mit mehr als drey Vormundschaften belästiget werden soll, weil alle, die dazu gehören, juristisch nur eine Person vorstellen [66]). Hierher gehört hauptsächlich folgende Gesetzstelle.

L. 5. *D. h. t.* Ulpianus *libro singulari de officio Praetoris tutelaris.* Tria onera *in domo una* esse sufficit. Proinde si pater alicuius, vel filius, vel frater, qui est in eiusdem potestate, tria onera sustineat, quae ad periculum patris sui spestant, quia voluntate eius administrant, omnibus excusatio a tutela competit. Sed si non patris voluntate administrent, non prodesse saepe rescriptum est [67]).

Wenn es in den Vaticanischen Fragmenten §. 127. heißt: Sed *hodie* hoc iure utimur, ut si filium quis habeat in potestate, tam patris, quam filii onera patri in numerum procedant; so geht dieß wohl darauf, daß so wie ehemals die Zahl der Tutelen, welche von der Uebernehmung mehrerer entschuldigen, überhaupt nicht bestimmt war, wie wir ebenfalls aus diesen Fragmenten §. 125. lernen, eben so auch vielleicht über das Verhältniß mehrerer Tutelen in einem Hause keine gewisse Bestim-

66) S. Montanus de iure tutelar. et curation. Cap. XXXV. nr. 125—127.

67) Es findet sich diese Stelle, nur mit Hinweglassung der letzten Worte, auch in den Vaticanischen Fragmenten §. 190. S. *de* Buchholtz Vatic. Fragm. ad h. §. pag. 148.

mungen müssen Statt gefunden haben, bis es auch hierin zu einem feststehenden Rechte gekommen ist [68]). Jetzt ist es ausser Zweifel, daß wenn der Vater drey Tutelen hat, der Sohn, der noch in väterlicher Gewalt ist, mit keiner vierten beläſtiget werden kann; eben so wenig kann der Vater beläſtiget werden, wenn der Sohn schon drey Vormundschaften hat, oder der Vater zwey, und der Sohn eine Tutel führt; und wenn von zwey Brüdern der eine zwey, der andere eine Tutel unter väterlicher Gewalt und Aufsicht verwaltet; so kann keinem in dieser Familie eine weitere Vormundschaft aufgebürdet werden [69]). Nach Modestinus ist dieses Recht durch eine Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus festgesetzt worden. Er sagt nämlich in einer aus desselben *libro secundo Excusationum* entlehnten Stelle, nämlich *L.* 4. §. 1. *D. h. t.*

Ε'ὰν πατὴρ ἐν τρισὶν ἢ φροντίσιν ἢ ἐπιτροπῶν ἢ κουρατοριῶν ὁ υἱὸς αὐτοῦ οὐκ ἐνοχληθήσεται· καὶ τοῦτο οὕτω διατέτακται ὑπὸ τῶν θειοτάτων Σεβήρου καὶ Α'ντωνίνου. Τοῦτο δὲ καὶ ἐκ τοῦ ἐναντίου ἐστὶν, ὡς δεῖν τὰς τοῦ υἱοῦ ἐπιτροπὰς, ἄνεσιν τῷ πατρὶ διδόναι, καὶ πάλιν ἀμφοτέροις τὰς κοινὰς, τουτέστιν μίαν τοῦ υἱοῦ, καὶ δύο τοῦ πατρὸς, ἢ εἰς τὸ ἔμπαλιν. Τότε δὲ ταῦτα οὕτως ἔχει, ἐπειδὰν τὸ βάρος ἐνὶ οἴκῳ, οὐχὶ διακεχωρισμένοις διαφέρει.

Augustinus: *Si pater tria tutelarum aut curarum onera habeat, eius filius non gravabitur: ita enim constitutum est a Divis* Severo *et* Antonino. *Hoc idem contra quoque est, ut opor-*

68) S. *de* Buchholtz ad §. 127. Vatic. Fragm. pag. 116.

69) S. Cujacii Comm. ad L. 2. D. h. t.

teat filii tutelas vacationem patri dare, et utrique communes, hoc est, unam filii, et duas patris, aut contra. Quae ita se habent, cum uni domui, non diversis onus defertur.

In Absicht auf das bey den Vormundschaften in einem Hause den Vater treffenden periculum ist noch der Unterschied merkwürdig, den Ulpian *libro II. Disputationum*[70]) macht, ob nämlich der Vater die Tutel seines Haussohns anerkannt, d. h. genehmiget hat, oder nicht; im ersten Falle, zu welchem auch gehört, wenn der Vater seinen Sohn zur fleißigen Verwaltung der Vormundschaft ermahnt hat, weil er für ihn gut stehen müsse, haftet der Vater in solidum; im letzten Falle aber nur de peculio, wenn er auch den Sohn, jedoch ohne Beziehung auf sich, gewarnt hätte. Die Worte Ulpians lauten so:

Si filiusfamilias tutor a Praetore datus sit, *si quidem pater tutelam agnovit*, IN SOLIDUM *debet teneri: si non agnovit*, *duntaxat* DE PECULIO. *Agnovisse* autem videtur, sive gessit, sive gerenti filio consensit, sive omnino attigit tutelam. Unde quum quidam filio scripsisset, ut diligenter tutelam gereret, *quum scias*, inquiens, *periculum ad nos pertinere*, dixi, hunc quoque videri *agnovisse*. Plane si solum *monuit* filium, non videtur *agnita*.

Nur darüber war man ehemals noch im Zweifel, ob der Vater unter die drey Vormundschaften, die er zu seiner Entschuldigung gegen eine vierte anführt, auch die Tutel rechnen könne, welche er, als legitimus tutor, über sein emancipirtes unmündiges Kind führt. Ulpian kommt

70) L 7. *D. de tutelis.*

auf dieſe Frage *libro singulari de excusationibus*[71]), deſſen Worte alſo lauten:

Si quis inter tres tutelas *emancipati filii sui tutelam* administret, an ei haec in numerum procedat? scio dubitatum. Invenio tamen rescriptum *emancipatae filiae tutelam* numerari inter onera oportere.

Statt dieſe Frage zu entſcheiden, bezieht ſich alſo Ulpian blos auf ein Reſcript, ohne den Urheber deſſelben zu nennen, wodurch dieſe Frage bejahend entſchieden wurde. Allein dieſes Reſcript enthielt wörtlich nur den Fall von der Tutel des Vaters über eine emancipirte Tochter. Nun wäre es freylich lieblos, wenn der Vater ſich der Curatel über ſeinen emancipirten Sohn, die ihm auf Bitten deſſelben vom Prätor iſt aufgetragen worden, aus dem Grunde entziehen wollte, er ſey Vater von ſoviel Kindern, daß ihm das Privilegium der Befreyung von Vormundſchaften zukomme. Hier ſoll daher das emancipirte Kind nicht zur privilegirten Zahl der Kinder gerechnet werden, wie Paulus[72]) reſpondirt hat. Sollte es

71) *L.* 15. §. 16. *D. h. t.*

72) *L.* 36. §. 1. *D. h. t.* Paulus *Libro IX. Responsorum.* Lucius Titius ex tribus filiis incolumibus unum habet emancipatum eius aetatis, ut curatores accipere debeat. Quaero, si idem Titius pater, petente eodem filio emancipato, curator a Praetore detur, an iure publico uti possit, et nihilo minus trium filiorum nomine vacationem postulare? Respondi: praemium quidem patri, quod propter numerum liberorum ei competit, denegari non oportet, sed cum filio suo curator petatur, contra naturales stimulos facit, si tali excusatione utendum esse tentaverit. Man ſehe über dieſe Stelle

nun aber nicht auch einen Mangel väterlicher Liebe verrathen, wenn der Vater die Vormundschaft über sein emancipirtes Kind, welche er doch, als eine legitime Tutel, zu seinem eigenen Nutzen führt, eben so, wie jede andere Tutel, als eine Last in Anschlag bringen, und sie zum Entschuldigungsgrunde gebrauchen wollte, daß er eine weitere anzunehmen nicht verpflichtet sey? Dieß mag vielleicht der Zweifelsgrund gewesen seyn, den man bey der Entscheidung dieser Frage hatte [73]). Ulpian spricht sich nun zwar darüber nicht deutlich aus, sondern läßt es bey der Anführung eines Rescripts bewenden, vermöge welchen jedoch, wie bereits bemerkt worden, blos die Tutel des Vaters über eine emancipirte Tochter unter die tria onera tutelae gezählt werden soll. Da indessen die Frage gerade die Tutel über einen emancipirten Sohn betrifft; so scheint es kaum einem Zweifel unterworfen zu seyn, daß Ulpian das angeführte Rescript auch auf die von ihm aufgeworfene Frage angewendet wissen wolle [74]). Die Stelle des Ulpianus findet sich auch in den Vaticanischen Fragmenten §. 189. Da wird sie aber aus Ulpiani *lib. sing. de officio Praetoris tutelaris* (§. 173) angeführt. Es wird jedoch auch da der Urheber des Rescripts nicht bestimmt angegeben, sondern blos gesagt:

Jac. Cujacii Comment. in Lib. IX. Responsor. Julii Pauli. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 54.)

73) S. *Jac.* Cujacii Comm. ad L. 2. D. h. t. *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. 2. pag. 1105. sq. und *Paul.* Montanus. Cap. XXXV. nr. 124.

74) S. auch *de* Buchholtz Vatican. Fragment. ad §. 189. pag. 148.

Invenio tamen *Fulvio Aemiliano* in persona Manilii Optivi rescriptum, emancipatae filiae tutelam numerari ei inter onera oporterę.

Wäre dieser Fulvius Aemilianus derselbe Prätor, dessen in den Fragmenten §. 210 Meldung geschieht, und an den daselbst Divus Marcus reſcribirt hat, so ließe sich vielleicht der Urheber unsers Reſcripts mit einiger Wahrscheinlichkeit errathen. Vermuthlich war der Prätor Aemilianus über diese Frage im Zweifel, und wirkte das von Ulpian angeführte Reſcript vom Kaiser Marcus aus, wozu der hier genannte Manilius Optivus, ohne Zweifel der Vater, welcher über die emancipirte Tochter die Vormundschaft führte [75]), die Veranlaſſung gab.

Uebrigens befreyen drey Vormundschaften zwar von der Verbindlichkeit eine weitere anzunehmen, so lange diese verwaltet werden; allein sie befreyen nicht von andern öffentlichen Laſten, und persönlichen Pflichtämtern, wie die Kaiser Dioclețian und Maximian reſcribirt haben.

L. 3. *Cod. de excusat. muner.* (X. 47.) Tutelae sollicitudo a muneribus civilibus non excusat, utpote cum nec tres simul iniunctae diversarum domuum huiusmodi beneficium praestent.

§. 1356. a.

2) Armuth. 3) Krankheit.

Sowohl von angetragener, als bereits übernommener Vormundschaft excuſirt Armuth. In den Inſtitutionen wird dieser Entschuldigungsgrund einer Conſtitution der *Divorum Fratrum* zugeschrieben. Es heißt §. 6. *h. t.*

75) S. *de* Buchholtz c. l.

Sed et propter paupertatem excusationem tribui, tam *Divi Fratres*, quam per se *Divus* Marcus rescripsit.

Daß unter den Divis Fratribus die Kaiser Marcus Aurelius Antoninus und Lucius Verus verstanden werden, ist bekannt [76]). Allein Theophilus nennt in seiner Paraphrase [77]) die Kaiser Severus und Antoninus, und nennt auch diese οἱ θειοτατοὶ ἀδελφοὶ, da doch nur eigentlich die Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla mit dem Namen Severus und Antoninus bezeichnet werden, und diese keine divi fratres, sondern Vater und Sohn waren. Die hier geschehene Verwechselung der Namen ist offenbar. Allein Wem fällt sie zur Last? Mehrere [78]) beschuldigen hier den Theophilus eines groben Irrthums. Allein wer sollte glauben, daß Theophilus, der Mitarbeiter an den Institutionen und Pandecten Justinians, die Divos Fratres nicht besser gekannt haben sollte, der Theophilus, dem wir doch so manche treffliche historische und antiquarische Notizen verdanken [79])? Andere [80]) legen daher den Irrthum den Abschreibern zur Last. Sie glauben, für Σεβῆρος müsse Βῆρος gelesen werden. Allein dagegen hat

76) S. *Ulr.* Huberi Digression. Justinian. P. I. Lib. III. Cap. 26. pag. 252. sq. *Jo. Ortw.* Westenbergii Divus Marcus. Diss. I. §. 11—17. (*Opp.* T. III. pag. 7—9.) und Hugo Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts. S. 578. der 8. Aufl.

77) Lib. I. Tit. 25. pag. 193. edit. *Reitz.*

78) Huber c. l. §. 1. und Westenberg c. l. §. 15.

79) S. Hugo Gesch. des Röm. Rechts. Einleit. S. 17.

80) Salmasius ad *Lampridium.* pag. 114.

schon Reitz [81]) erinnert, daß nach dieser Emendation der Kaiser Verus dem Antoninus vorgesetzt werden würde, da doch immer, wenn die Verordnungen der Divi Fratres in den Gesetzen angeführt werden, der Name des Kaisers Antoninus oder Marcus zuerst genennt wird [82]). Gleichwohl hat Reitz, seinem griechischen Text zuwider, in der lateinischen Uebersetzung die Worte: Verus *et* Antoninus *rescripserunt*, in Klammern eingeschlossen. Everh. Otto [83]) schreibt den Fehler dem Scholiasten des Theophilus zu. Die Worte: Σεβῆρος καὶ Ἀντωνῖνος, die auch bey Reitz eingeklammert sind, scheinen auch wirklich nicht ächt zu seyn. Denn Fabrot hat sie nicht, und in der sehr guten Handschrift von Peter Pithou stehen sie auch nicht [84]). Mit den Institutionen stimmen nun auch die Pandecten überein. Hier lehrt Ulpian in einer aus desselben *libro singulari Excusationum* [85]) genommenen Stelle:

Paupertas sane dat excusationem, si quis im-

81) Ad Paraphras. Theophili. Not. o. pag. 193.

82) Man sehe hier vorzüglich *Ant.* Augustini ad Modestinum de excusat. lib. sing. ad L. 6. §. 18. h. t. (in *Thes. Otton.* T. IV. pag. 1582. sq.)

83) Commentar. et not. crit. ad Institut. §. 6. h. t.

84) S. Karl Wüstemann's deutsche Uebersetzung von des Theophilus Paraphrase der Institutionen. 1. Band S. 202. Not. 2.

85) *L. 7. D. h. t.* Diese Stelle kommt auch, einige kleine Wortveränderungen abgerechnet, in den *Vatican. Fragm.* §. 240. vor. S. *de* Buchholtz pag. 183. Jedoch ist sie daselbst, wie aus §. 238. erhellet, aus Ulpiani *de officio Praetoris tutelaris libro singulari* entlehnt.

parem se oneri iniuncto possit probare: idque *divorum Fratrum* rescripto continetur.

In den Institutionen wird jedoch noch bemerkt, daß der K. Marcus, einer von den divis fratribus, noch ein besonderes Rescript, vermuthlich nachdem er, nach dem Tode des Verus, die Alleinherrschaft wieder erhalten hatte, darüber erlassen habe.

Armuth giebt nun eine Excusation, wenn der Vormund nachweisen kann, daß er nicht soviel eigenes Vermögen besitze, um davon leben zu können, sondern von seinem Verdienst lebe, und also darum mit Vormundschaften nicht belästiget werden könne, weil er alle Zeit nöthig habe, um sich seinen Lebensunterhalt zu erwerben[86]). Das heißt hier oneri tutelae imparem esse. Franz Bröus[87]) meint zwar, es komme hier auf die Bestimmung Hermogenian's an, welcher *libro VI. Juris Epitomarum*[88]) sagt: *Pauperes* sunt, qui minus, quam quinquaginta aureos habent. Allein diese Bestimmung kann hier nicht in Anwendung kommen, wie auch schon Emund Merillius[89]) dagegen erinnert hat, denn sie bezieht sich dort auf die Qualification eines peinlichen Anklägers[90]). Eben so wenig kommt es, wie Merillius[91])

86) S. *Ant.* Fabri Jurispr. Papinian. scient. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. 4. pag. 1126. *Arn.* Vinnii und *Jani a* Costa Comment. ad §. 6 I. h. t.

87) Expositions in Justin. Inst. ad §. 6. h. t. pag. 162.

88) *L.* 10. *D. de Accusation.* (XLVIII. 2.)

89) Comm. ad Institut. §. 6. h. t. pag. 89.

90) S. *Jos.* Finestres Commentar. in Hermogenian. pag. 969. sqq.

91) Cit. loc.

und mehrere [92]) behaupten wollen, auf das Verhältniß des Vermögens des Vormundes mit dem Vermögen des Mündels an [93]). Denn die *L.* 1. *Cod. de periculo tut. et curat.* (V. 38.) worauf man sich beruft, sagt nur soviel, daß diejenigen, welche propter tenuitatem sui patrimonii mit der Verwaltung einer Vormundschaft nicht beläſtiget werden dürfen, doch zu Vormündern notitiae causa bestellt werden können [94]). Wenn Everhard Otto [95]) den Grund dieser Excusation zugleich darin setzen will, weil der Arme keine Sicherheit leisten könne, so stimmt dieses mit den angeführten Gesetzen nicht überein. Schon Fabrotus [96]) hat dagegen erinnert, daß dieser Grund gar nicht einmal durchgreifend seyn würde. Denn wie wenn der Vater einen solchen Vormund in seinem Testamente ernannt hätte? Testamentarische Vormünder leisten ja wegen des väterlichen Vertrauens keine Caution, und auch die ex inquisitione von der Obrigkeit bestellten Vormünder nicht [97]). Den einzigen wahren Grund giebt auch Paulus an, wenn er *libro II. Sententiarum* [98]) sagt:

92) S. Fincke Theophilus Paraphrase über die Institutionen Justin. 1. B. S. 310.

93) S. Montanus Cap. XXXV. nr. 141 et 142. und *Joach.* Hoppii Commentat. ad Institut. Just. h. t. §. 6. pag. 217. edit. *Walch.*

94) S. den 29. Th. §. 1304. S. 191. ff.

95) Commentar. ad §. 6. I. h. t.

96) Not. ad Theophili Paraphr. §. 6. h. t. bey *Reitz.* Tom. I. pag. 192.

97) *Princ. I. de satisdat. tutor.* (I. 24.)

98) *L.* 40. §. 1. *D. h. t.*

Paupertas, *quae operi et oneri tutelae impar est*, solet tribuere vacationem.

In den Basiliken [99]) ist dieses sehr richtig so ausgedrückt: *γενία τὸ βάρος καὶ τὴν διοίκησιν ὑπερβαίνουσα*; i. e. *Paupertas oneri et administrationi tutelae* [100]) *impar.*

Die Armuth gewährt übrigens nur eine zeitige Excusation, denn sie hört auf, wenn der Vormund nachher ein solches Vermögen auf rechtmäßige Art erwirbt, daß er hinlänglich davon leben kann [1]).

Eine Excusation hat ferner wegen Krankheit Statt, es muß nur eine solche Krankheit seyn, weshalb Jemand auch nicht einmal seine eigenen Angelegenheiten zu betreiben im Stande ist [2]). Dieser Entschuldigungsgrund ist durch ein Rescript der Kaiser Severus und Antoninus bestätiget worden, wie uns Herennius Modestinus *libro II. Excusationum* [3]) aus Ulpian belehrt. Ulpian sagt daselbst:

99) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 1. Const. 39. §. 1. pag. 15.

100) So hat auch, Cujacius in Comm. ad h. Tit. ad L. 6. in fin. das Wort *opus* durch administratio erklärt.

1) *L.* 4. §. 1. *D. de Manerib. et honorib.* (L. 4.) *L.* 10. §. 3. *D. de vacat. et excusat. muner.* S. Fabri Jurispr. Papin. c. l.

2) §. 7. *I. h. t.* S. Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. III. Cap. 9. §. 8. Montanus Cap. XXXV. nr. 145 — 155. und Faber Jurispr. Papin. pag. 1128. In den Gesetzen wird eine solche Krankheit morbus sonticus genennt. *L.* 60. *D. de re iudic.* Venulejus *L. ult.* §. 1. *D. de aedilit. Edicto* erfordert dazu, ut perpetuus sit, non qui tempore finiatur. S. den 3. Th. dieses Commentars §. 260. Not. 16. S. 526.

3) *L.* 19. §. *ult. D. h. t.*

Adversa quoque *valetudo* excusat, sed ea, *quae impedimento est, quo minus quis suis rebus superesse possit* [4]), ut *Imperator noster* cum *patre* rescripsit.

Die Beschaffenheit einer solchen Krankheit, welche von Vormundschaften entschuldiget, hat Tryphoninus *libro XIII. Disputationum* [5]) noch genauer bezeichnet, wenn er sagt:

Si tanta *corporis aut mentis valetudine* ab agendis rebus libertus prohibeatur, *ut ne suis quidem negotiis sufficiat*, necessitati erit succurrendum, *ne impossibile iniungatur tutelae munus*, quod obiri a liberto non possit, nisi cum incommodo pupilli, et adversus utilitatem eius [6]).

Ob ein solcher Krankheitszustand wirklich vorhanden sey, macht eine ärztliche Untersuchung nöthig, welche die Gesetze auch in ähnlichen Fällen erfordern, wo Krankheit

4) In den Institutionen §. 7. *h. t.* heißt es: Propter adversam valetudinem, propter quam nec suis quidem negotiis *interesse* quis potest, excusatio locum habet. Nun tadelt zwar Gellius *Noct. Attic.* Lib. I. cap. 22. den Ausdruck *superesse* in der hier gebrauchten Bedeutung; allein er ist nicht nur bey den Römischen Juristen in der Bedeutung von rebus suis consulere; prospicere, gewöhnlich, *L.* 12. *pr. D. de tutor. et curat. dat. L.* 2. *D. de curator. furios.* §. 4. *I. de curat.* sondern auch den besten Röm. Classikern, Cicero, Tacitus und Suetonius, nicht fremd. Man sehe Gronov. ad loc. h. *Gellii*, und Heineccius ad *Brisson.* de Verb. Signif. voc. *Superesse.*

5) *L.* 45. §. *ult. D. h. t.*

6) Man vergleiche den 29. Th. §. 1300. S. 70 und 71.

zur Entschuldigung dienen soll [7]). In den Vaticanischen Fragmenten sprechen namentlich folgende Stellen davon.

§. 129. Valetudo quoque mala praestat vacationem, si talis sit, *ut ostendat*, eum ne quidem rebus suis administrandis idoneum esse.

§. 130. Si quando autem huiusmodi valetudo adfirmetur, *inspectio Praetoris necessaria est.* Sive autem quis arthriticus sit, sive psoricus, sive epilempticus, sive orbus, et his similia, excusatur [8]).

Eine solche Krankheit entschuldiget aber nicht nur von angetragener, sondern auch von bereits übernommener Vormundschaft, wie Paulus *libro singulari de excusatione tutorum* [9]) lehrt. Eben dieses bestätiget Ulpianus *libro singulari de officio Praetoris tutelaris*, welche Stelle in den Vaticanischen Fragmenten §. 238 vorkommt. Ich will nur die hierher gehörigen Worte ausheben:

Hi vero, quos valetudo, vel furor, vel morbus perpetuus excusat, etiam eas tutelas, quas ante susceperant, deponunt.

Wird die Krankheit gehoben, so hört auch dieser Entschuldigungsgrund auf [10]). Ulpian sagt daher, wie Modestin *libro III. Excusationum* [11]) referirt;

7) *L.* 15. *L.* 16. *pr. D. de recept.* (IV. 8.)

8) Die hier vorkommenden Ausdrücke hat *de* Buchholtz Vatic. Fragm. ad §. 130. pag. 117. erklärt.

9) *L.* 11. *D. h. t.*

10) S. *Ant.* Faber c. l. pag. 1129.

11) *L.* 12. *pr. D. h. t.* Man vergleiche auch *L.* 13. *pr. D. de vacat. et excus. mun.*

Sed in hoc rescripto adiectum est, solere vel ad tempus, vel in perpetuum excusari, prout valetudo est, qua afficitur.

Ist die Krankheit vorübergehend, so wird nur ein Interims-Curator gesetzt [12]).

§. 1356. b.

4) Hohes Alter.

Obwohl das hohe Alter bey den Römern sehr geehrt, ja demselben, wie Callistratus [13]) sagt, fast gleiche Achtung, wie den obrigkeitlichen Personen, erwiesen wurde; so lag doch wohl darin nicht der Grund allein, warum ein Alter von siebenzig Jahren von Vormundschaften, so wie von andern persönlichen Pflichtämtern, befreyte.

Maiores septuaginta annis a tutelis et muneribus vacant.

So schreibt Paulus *libro V. de officio Proconsulis* [14]). Der Grund liegt auch wohl in der Beschwerde des Alters selbst, in welchem wegen der fühlbarwerdenden Abnahme an Geisteskräften und Sinnengebrauche die Führung einer Vormundschaft gar zu lästig seyn würde [15]).

12) *L.* 10. §. 8. *D. h. t.*

13) *L.* 5. *pr. D. de iure immunitat.* Man sehe noch besonders Gellius *Noct. Atticar.* Lib. II. cap. 15. und vergl. Cujacii Comment. ad h. Tit. Pand. ad L. 2. h. t. und Langlaeus Semestr. Lib. VII. cap. 7.

14) *L.* 3. *D. eodem.* (L. 6.)

15) S. *Ant.* Fabri Jurisprud. Papinian. scient. Tit. XXIV. Pr. I. Illat. 4. pag. 1126. und Donellus Comment. Lib. III. cap 6. §. 6.

Daher sagt Cato bey Cicero [16]): *Ergo et legibus et institutis vacat aetas nostra a muneribus iis, quae non possunt sine viribus sustineri.* Früher, noch zu den Zeiten des Plinius [17]), scheint schon ein Alter von sechzig Jahren genügt zu haben. Allein um nicht die Jüngern zu sehr mit Pflichtämtern zu beschweren *), wurde durch die Rescripte der Kaiser ein noch höheres Alter zur völligen Befreyung von denselben festgesetzt. Schon Divus Marcus [18]) rescribirte daher, daß derjenige sich nicht entschuldigen könne, der das siebenzigste Jahr seines Alters nur erst angetreten hätte. Es muß also dieses Alter völlig zurückgelegt, es muß überschritten seyn. Paulus sagt in der oben angeführten Stelle:

Sed qui ingressus est septuagesimum annum, nondum egressus, hac vacatione non utetur: *quia non videtur* MAIOR *esse septuaginta annis, qui annum agit septuagesimum.*

Also nur Wer älter als siebenzig Jahre ist, kann sich von Vormundschaften entschuldigen. So ist dieser Satz auch in den Institutionen [19]) gefaßt, und eben so in einem Rescript der Kaiser Severus und Antoninus durch Anwendung auf einen Fall ausgesprochen. Es ist die *L. un. Cod. Qui aetate se excusant* (V. 68.) welche so lautet:

16) *De Senectute.* Cap. 11.

17) *Lib. IV. Epist.* 23. MACROBIUS *Saturnal.* Lib. I. Cap. 5. und VARRO *de vita Pop. Rom.* Lib. II. pag. 242. edit. *Bipont.* S. *Ant.* MATTHAEI Comment. ad Instit. §. 13. h. t. pag. 510.

*) *L.* 11. *D. de Decurion.* (L. 2.)

18) *L.* 74. §. 1. *in fin. D. ad SCtum Trebell.* (XXXI. 1.)

19) §. 13. *I. h. t.*

Pater tuus, si *maior est annis septuaginta*, ad tutelam seu curam evocatus, excusare se solemniter potest.

Dieß hat auch seinen ganz natürlichen Grund. Denn es muß doch die Entschuldigungsursache schon vorhanden seyn, deren man sich bedienen will. Wie kann man sich nun auf ein siebenzigjähriges Alter berufen, wenn man solches noch nicht zurückgelegt hat?

Es kommt aber noch besonders auf die Frage an, welcher Zeitpunct hier entscheidend sey, um beurtheilen zu können, ob das Entschuldigungsalter wirklich erfüllt sey? Der Natur der Sache nach, kann dieß wohl kein anderer seyn, als der, da dem Vormunde die Vormundschaft angetragen wird, und er also dieselbe übernehmen soll. Modestinus hat diese Frage *libro II. Excusationum* [20]) sehr bestimmt entschieden, wenn er daselbst sagt:

Ἀφίενται ἐπιτροπῆς καὶ κουρατορίας καὶ οἱ ἑβδομήκοντα ἔτη πεπληρωκότες. Τὸ περβεβηκέναι δὲ δεῖ τὰ ἑβδομήκοντα ἔτη, ἐν ἐκείνῳ τῷ χρόνῳ, ἐν ᾧ χειροτονεῖται, ἢ ἐν ᾧ τῇ κληρονομίᾳ προσέρχεταί τις, ἢ ἐν ᾧ ἡ αἵρεσις, ἡ τῇ διαθήκῃ προσγραφεῖσα πεπλήρωται, οὐκ ἐντὸς τῶν χρόνων τῆς παραιτήσεως.

Augustinus. *A tutela et cura excusantur, qui septuaginta annos excesserunt. Excessisse autem eos oportet tum, cum creantur, aut cum hereditas adita est, aut cum conditio testamento scripta impleta est, non intra excusationis tempora eam aetatem implere.*

Modestin unterscheidet also hier, ob die Vormund-

20) *L. 2. pr. D. h. t.*

schaft von der Obrigkeit angetragen, oder in einem Testament bestellt worden ist. In dem ersten Falle ist der Zeitpunct entscheidend, da die Berufung und der obrigkeitliche Antrag geschehen ist. In dem andern Falle einer testamentarischen Vormundschaft hingegen, kommt es, sagt Modestin, auf die Zeit an, da die Erbschaft ist angetreten worden, also weder auf die Zeit des errichteten Testaments, noch auf die Zeit des Todes des Erblassers. Es ist zwar sonst bekannt, daß die Zeit der Antretung der Erbschaft zurückgerechnet wird auf die Zeit des Todes des Erblassers, und vermöge rechtlicher Fiction angenommen wird, als sey die Erbschaft schon gleich zur Zeit des Todes des Erblassers angetreten worden [21]). Allein daß diese Fiction hier nicht in Anwendung kommen könne, hat schon der scharfsinnige Bachov [22]) sehr gründlich gezeigt. Da sich jedoch Antretung einer Erbschaft nur bey den sogenannten extraneis heredibus denken läßt, so fragt sich's, welcher Zeitpunct in Betrachtung komme, wenn ein suus heres im Testament ernannt worden ist? Sui heredes sind, wie Ulpian [23]) sagt, gleich von dem Augenblick des Todes des Erblassers an Erben, und eben deswegen sagt Gajus [24]): In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim *ipso iure* heredes existunt. Nun meint man zwar, die immixtio vertrete bey den

21) *L.* 54. *D. de acquir. vel omitt. hered. L.* 193. *D. de Reg. iuris.*

22) Not. et Animadversion. ad *Treutleram* Vol. II. P. I. Disp. IX. Th. 2. Lit. C. pag. 470.

23) *L.* 1. §. 7. *D. Si quis omissa causa testam.* (XXIX. 4.)

24) *L.* 14. *D. de suis et legitim. heredib.* (XXXVIII. 16.)

suis heredibus die Stelle der Adition [25]). Denn Ulpian sagt in der angeführten Stelle: Quodsi postea se immiscuerint, *ex testamento videntur heredes.* Allein auf die Immixtion kann hier gar nichts ankommen, weil die testamentarische Vormundschaft gültig bleibt, wenn auch der suus heres, zu dessen Besten sie bestellt worden, abstinirt [26]). So wie also, wenn ein suus heres ist zum Erben eingesetzt worden, alles, was im Testament ist angeordnet worden, sogleich vom Todes-Tage des Erblassers an, seine Gültigkeit erhält [27]), eben so wird auch die darin bestellte testamentarische Tutel gleich von diesem Augenblick an deferirt, und bleibt gültig, wenn auch der suus heres nachher von der väterlichen Erbschaft abstinirt [28]). Mit Recht sagt daher Cujaz [29]): Ut, extraneo herede scripto, tutelae, et cetera, quae in testamento scripta sunt, statim atque heres adierit, valent, ita, necessario herede scripto, fateor tutelas statim, atque is heres extiterit, quod contingit continuo a morte defuncti, valere. Mit Unrecht tadelt hingegen Bachov [30]) seinen Treutler, welcher mit Cujaz gleicher Meinung ist.

Ist die testamentarische Tutel unter einer Bedingung bestellt worden, so wird auf die Zeit gesehen, da die

25) S. *Ant.* Augustinus ad Modestinum h. L. (in *Th. Otton.* Tom. IV. pag. 1567.)

26) S. den 29. Th. dieses Commentars S. 240.

27) *L.* 68. §. 1. *D. de legatis* XXX. *L.* 6. §. 5. *D. de acquir. vel omitt. hered.* (XXIX. 2.)

28) S. oben §. 1356. Not. 35. S. 21.

29) Commentar. ad h. Tit. Pandect. ad L. 2. eiusd.

30) Not. ad *Treutlerum.* c. l. pag. 469.

Bedingung existirt. Nam verum est, sagt Tryphoninus [31]), non ante esse tutorem, *quam dies venerit*. Es muß also auch tempore conditionis existentis gewiß seyn, daß der Berufene schon über siebenzig Jahre alt sey.

Dieses Alter muß nun aber auch, sagt Modestin, gehörig bewiesen werden. Er fährt daher §. 1. fort:

Ἡ δὲ ἡλικία δείκνυται ἢ ἐκ παιδογραφιῶν, ἢ ἐξ ἑτέρων ἀποδείξεων νομίμων.

Aetas autem probatur aut natalis diei scriptura, aut aliis legitimis probationibus.

Das schon überschrittene siebenzigjährige Alter kann also durch die Geburtslisten, durch Zeugen, und Urkunden bewiesen werden [32]). Das äußere Anschauen, oder Ansehen (aspectus), welches Anton Faber [33]) auch unter die Beweismittel aufnimmt, kann hier wohl darum nicht entscheiden, weil es hier gerade auf ein zurückgelegtes Alter ankommt. Stand der Berufene zur Zeit der angetragenen Vormundschaft zwar im siebenzigsten Jahre, er hatte es aber noch nicht zurückgelegt, so hilft es ihm nichts, sagt Modestin, wenn er es auch während der Excusationszeit erfüllt hätte.

Ob aber ein siebenzigjähriges Alter, wenn es überschritten ist, nur gegen eine angetragene Vormundschaft entschuldige, oder auch von schon übernommener Vormundschaft befreye, ist streitig. Joh. Voet [34]) behauptet auch

31) *L.* 45. §. 1. *D. h. t.*

32) S. den 21. Th. S. 307. ff.

33) Jurisprud. Papinian. Tit. XXIV. Pr. I. Illat. 4. pag. 1127.

34) Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 7.

das Letztere, und der oben angeführte Grund dieser Entschuldigung scheint fast für diese Meinung zu sprechen. Eine ausdrückliche Entscheidung findet sich freylich darüber nicht. Indessen sprechen doch die Gesetze [35]) fast alle nur von der Entschuldigung gegen eine angetragene Vormundschaft. Nur die Institutionen [36]) scheinen mit Ulpian [37]) allgemein zu reden, und hierin setzt Voet seinen Hauptbeweis. Er hätte sich vielleicht auch noch auf die *L.* 10. *C. de Decurionibus* berufen können, wo die Kaiser Diocletian und Maximian reskribiren:

Si ultra septuagesimum aetatis annum patrem tuum esse Praeses provinciae perspexerit, eum personalium munerum vacatione perfrui providebit.

Allein sollte uns nicht schon die ängstliche Berechnung des siebenzigjährigen Alters, welche wir von Modestin gelernt haben, mißtrauisch gegen Voets Meinung machen? Daß es aber auch Ulpians Meinung gar nicht gewesen sey, ein solches Alter als einen Entschuldigungsgrund gegen eine schon übernommene Vormundschaft gelten zu lassen, erhellet aus einer trefflichen Stelle der Vaticanischen Fragmente. Es ist der §. 238. *de Excusatione.* Eine Stelle, welche aus Ulpiani *libro singulari de officio praetoris tutelaris* genommen ist. Sie lautet folgendermassen:

Hi vero, quos valetudo, vel furor, vel morbus perpetuus excusat, etiam eas tutelas, *quas ante susceperant*, deponunt. *Alia causa* aetatis *est.*

35) *L.* 2. *pr.* et §. 1. *h. t. L. un. Cod. Qui aetate se excus.*

36) §. 13. *I. h. t.*

37) *L.* 3. *D. de iure immunitat.*

Daß hier unter aetas das Greisenalter verstanden werde, welches von Vormundschaften entschuldiget, ist außer Zweifel. Es wird dieses Wort in den Gesetzen [38]) nicht nur überhaupt für Senectus genommen, welches Brisson [39]) nicht bemerkt hat, sondern auch vorzüglich hier für ein Alter von siebenzig Jahren [40]). Der Sinn der Worte: *alia causa aetatis est*, kann also, wie sie auch Herr von Buchholtz [41]) ganz richtig erklärt hat, kein anderer seyn als der, daß ein Alter von siebenzig Jahren nicht so, wie Krankheit, auch zur Niederlegung einer bereits übernommenen Vormundschaft berechtige. Diese Meinung wird noch mehr dadurch bestärkt, daß ein Alter

38) *L.* 3. §. 7. *D. de SCto Silan.* (XXIX. 5.) Daher der Ausdruck *Senium aetatis. L.* 13. *pr. D. de tutelis. Privilegium aetatis. L.* 5. *pr. D. de iure immunitat. Beneficium aetatis. Lex Romana Burgundion.* Tit. XXXVI. lin. 30. pag. 105. (edit. *Barckow.* Gryphiswald. 1826.) Auch Cicero *de Senect.* cap. 14. sagt von Sophocles adfectus aetate, und Nonius Marcellus *de propriet. sermonum* sagt gleich im Anfang, wo er das Wort *Senium* erklärt, die Alten hätten die *Senectus* mala aetas genennt.

39) De Verb. Signif. voc. Aetas. Auch nicht Cujaz Observat. Lib. VI. cap. 3. wo er von der Bedeutung des Worts aetas handelt. Eben so wenig Dirksen in den Beyträgen zur Kunde des Röm. Rechts. S. 288. f. wo er auch das Wort aetas erklärt.

40) *L.* 1. §. 2. *D. Quae sententiae sine appellat.* (XLIX. 8.) *L.* 11. *D. de vacat. et excus. muner.* und die Ueberschriften der Titel im Codex: *Qui aetate se excusant.* (V. 68.) und Qui aetate vel professione se excusant. (X. 49.)

41) Vatican. Fragm. pag. 181. sq.

von siebenzig Jahren nicht einmal gegen angetragene Ehrenstellen, und solche muneræ entschuldigen soll, welche mit jenen verbunden sind, wie Ulpian [42]) und Papinian [43]) lehren. Sollten nun etwa weniger Geistes- und Körperkräfte zur Verwaltung der Ehrenämter erforderlich seyn, als zur Führung einer Vormundschaft? Freylich ist die Verwaltung einer Vormundschaft wegen der damit verbundenen Verantwortlichkeit und Vielfältigkeit der Geschäfte, besonders wegen der Rechnungsführung, oft viel lästiger und beschwerlicher, als die Führung eines Staats- und Ehrenamtes, und man glaubte es daher dem Greisenalter schuldig zu seyn, dasselbe mit einem so lästigen Amte zu verschonen, zumal da denn doch Abnahme des Gedächtnisses, der Geistes- und Körperkräfte gewöhnlich das Greisenalter zu begleiten pflegen. Tritt nun aber das Alter von siebenzig Jahren erst während der Führung einer früher übernommenen Vormundschaft ein, so wird der Richter zu beurtheilen wissen, ob sich bey dem Vormunde wirklich eine solche Schwäche eingestellt habe, welche ihn, eben so wie eine Krankheit, an der Fortführung der Vormundschaft hindert. Daß dieses nun freylich nicht immer der Fall sey, lehrt die Erfahrung. Wem nicht Beyspiele genug aus unserm Zeitalter bekannt sind, der erinnere sich an diejenigen, welche Cicero in seinem

42) *L.* 2. §. 1. *D. de vacat. et excusat. muner.* (L. 5.) Ulpianus *libro III. Opinionum.* Numerus liberorum, aut *septuaginta annorum* ab *honoribus* aut *muneribus his cohaerentibus* excusationem non praestat, sed a muneribus tantum civilibus.

43) *L.* 8. *pr. D. eodem.* Papinianus *libro I. Responsorum.* In honoribus delatis neque *maior annis septuaginta*, neque pater numero quinque liberorum excusatur.

trefflichen Cato Major *de senectute* aus dem Alterthum aufstellt, wodurch er beweist, daß die das Greisenalter anklagenden Schwächen kein eigenthümlicher Fehler desselben sind. Plato starb in seinem 81sten Jahre am Schreibtische, und Isocrates versichert, die Schrift, Panathenaicus betitelt, in seinem 94sten Jahre geschrieben zu haben. Ja sein Lehrer Gorgias von Leontium lebte volle 107 Jahre, ohne je in seinem Fleiße und in seiner Thätigkeit nachgelassen zu haben [44]. Sollte sich also wohl ein solcher jugendlicher Greis, der die Vormundschaft bisher mit voller Geisteskraft und Thätigkeit verwaltet hat, vor der Zeit mit seinem Greisenalter entschuldigen können? Ich würde ihn, als Richter, nicht freylassen. So dachte auch Accursius [45], und Franz von Amaya [46], Johann von Sandr [47], Anton Perez [48], Lauterbach [49], und unter den neueren Rechtsgelehrten Thibaut [50], Schweppe [51], Mackeldey [52], Mühlenbruch [53] und von Buchholtz [54]

44) S. Cicero *de Senectute.* Cap. 5.

45) Gloss. ad L. 10. Cod. de Decurion. (X. 31.)

46) Commentar. in tres posterior. libros Cod. Imp. Justin. Tom. I. ad L. 2. et 46. C. de Decurionib. n. 59—66. pag. 570. sq.

47) Decision. Frisiear. Lib. II. Tit. 9. Decis. 5. (*Oper. a Joach.* Burgers *editor. Antwerp.* 1674. f. Tom. II. pag. 64.)

48) Praelection. in Codicem. Lib. X. Tit. 49. nr. 3.

49) Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 8. vergl. mit §. 5.

50) System des Pandectenrechts 1. B. §. 518.

51) Röm. Privatrecht. §. 741. a. (der 3. Ausgabe.)

52) Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts. 2. B. §. 573. (8. Ausg.)

53) Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 314.

54) Vatican. Fragm. ad §. 238. pag. 182.

haben kein Bedenken gefunden, diese Meinung auch zu der ihrigen zu machen.

§. 1356. c.

Die *L. 3. C. Qui aetate vel profess. se excusant* hat nichts geändert. Heutiges Recht.

Sollte denn aber vielleicht das Recht, von dem wir bisher gehandelt haben, durch das neuere Recht abgeändert worden seyn? Man sollte es beynahe glauben, wenn man liest, was die Kaiser Diocletian und Maximian *L. 3. Cod. Qui aetate vel professione se excusant.* (X. 49.) rescribirt haben. Hier heißt es:

Manifesti iuris est, *maiores quinquaginta quinque annis invitos ad munera personalia vocari non posse.* Cum itaque septuagenario maiorem te esse profitearis: si a nominatione facta appellationis auxilium interposuisti, tueri te notione Praesidis provinciae potes iure concesso.

Allein daß hier die Kaiser kein neues Recht haben einführen wollen, beweisen ausserdem, daß überhaupt in den kaiserlichen Rescripten unsers Coder nicht leicht neue Rechtssätze anzunehmen sind [55]) schon gleich die Anfangsworte: *manifesti iuris est*, Sie setzen also hier ein allgemein bekanntes, altherkömmliches Recht voraus. Sodann ist auch hier gar keine Rede von einer Befreyung von Vormundschaften. Davon handelt Tit. LXVIII. Lib. V. Die ganze Titelfolge im 10ten Buche des Coder vom Tit. XXXI. *de Decurionibus* an lehrt hingegen, daß hier von muneribus municipalibus die Rede sey.

55) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. §. 10. S. 67.

Da nun ein Alter von 55 Jahren von den muneribus decurionatus entschuldigte [56]; so erklären viele [57] das Gesetz von einer Befreyung von dem lästigen Amte eines Decurio. Weil es aber doch auch bey den Municipalämtern Regel war, daß nur ein zurückgelegtes Alter von siebenzig Jahren eine Entschuldigung gegen dieselben gewähre [58]; so halten die meisten [59] mit Cujaz [60] die Lesart der an-

56) *L.* 2. §. *ult. D. de Decurionib. L.* 11. *D. eodem.* Warum ein schon vollendetes Alter von 55 Jahren vom Decurionate entschuldigte, erklärt sich daraus, weil das Decurionat unendlich lästiger war, als irgend ein anderes munus publicum. S. *Franc. de* Amaya Commentar. in tres posterior. libros Cod. Tom. I. Lib. X. Tit. 31. ad L. 2. de Decurionib. nr. 63. pag. 370. vergl. mit Desselben Commentar. ad rubrum h. Tit. nr. 14 — 17. pag. 351 sq.

57) *Franc.* Balduinus Comm. ad §. 13. I. h. t. pag. 145. *Jb.* Vort Comment. ad Pand. Tom. II. Lib. L. Tit. 5. §. 3. *Ev.* Otto Commentar. ad §. 13. I. h. t. *Jos.* Finestres et *de* Monsalvo Commentar. in Hermogeniani iuris epitomar. libros. ad L. 17. §. 1. D. de muner. et honor. §. 4. in fin. pag. 402. und *Christ. Gottl.* Biener ad *Heineccii* Institution. a Se edit. *Lips.* 1813. h. t. §. 293. not. 4. pag. 82.

58) *L.* 3. §. 6. *D. de munerib. et honor. L.* 2. §. 1. *D. de vacat. et excusat. muner. L.* 10. *Cod. de Decurion.* S. *Frid.* Roth de re municipali Romanor. Lib. II. §. 34. pag. 124.

59) Bachovius ad *Treutlerum* Vol. II. Part. I. Disp. IX. Th. 2. Lit. C. Verb. *Aetas.* pag. 469. Ant. Perez Praelection. in Cod. Lib. X. Tit 49. nr. 1. *Arn.* Vinnius Commentar. ad §. 13. I. de Excusat. tut. vel curat. *Pet.* Poncetus Tr. de iure municipali. Dist. I. §. 40. (in *Supplem. novi Thes. Meerman. a Jo. L.*

geführten *L.* 3. *C.* für fehlerhaft. Es müsse nämlich *maiores LXX.* statt LV. annis gelesen werden. Denn vermuthlich sey der Irrthum aus einer Unrichtigkeit der römischen Zahlen entstanden, wie Radulph. Fornerius [61]), Russard [62]) und Charondas [63]) bemerkt haben. Diese Meinung verdient nun auch allerdings den Vorzug. Denn daß das *quinquaginta quinque* in septuaginta zu verwandeln sey, zeigt Erstens schon der Nachsatz: cum itaque *septuagenario maiorem* te esse profitearis. Wozu war hier die Erwähnung eines siebenzigjährigen Alters nöthig, wenn nach kundbarem Rechte schon ein Alter von 55 Jahren entschuldiget? Zweytens haben ja dieselben Kaiser Diocletian und Maximian, von denen die L. 3. Cod. cit. herrührt, das Recht, was die Classiker in den Pandecten lehren, selbst ausdrücklich bestätiget. Man erinnere sich an die oben vorgekommene *L.* 10. *C. de Decurionib.* und dieß war gewiß das manifestum ius, was diese Kaiser in der L. 3. cit. im Sinne hatten, oder die Kaiser müßten sich selbst

B. de Mehrman *edit.* pag. 467.) *Ant.* Matthaei Comment. ad Institut. ad §. 13. h. t. nr. 2. pag. 510. *Joach.* Hoppe Commentat. succ. ad Institut. ad §. 13. h. t. pag. 221. und *Jo. Gottl.* Heineccius Elem. iuris civ. sec. ord. Institut. §. 293. Not. *.

60) Commentar. ad tres postrem. libros Cod. ad L. 3. Qui aetate vel profess. se excusant. X. 49. und Desselben Commentar. in Libr. I. Responsor. Papiniani ad L. 8. D. de vacat. et excusat. muner. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 56. seq.)

61) Rerum Quotidianar. Lib. III. Cap. 2. (in *Th. I. R. Otton.* Tom. II. pag. 197.)

62) Not. ad L. 3. C. Qui aetate vel profess.

63) Not. ad L. cit. 3.

widersprochen haben. Drittens, wäre die L. 3. wirklich ein derogirendes Gesetz, wie könnte die *L. un. C. Qui aetate se excus.* neben derselben bestehen? da doch dieses Gesetz gewiß als ein geltendes Recht in den Codex aufgenommen worden, und Justinian selbst kein anderes Recht in den Institutionen gelehrt hat. Der ganze Zusammenhang setzt also hier die Nothwendigkeit der Critik ausser Zweifel [64]). Diese wird nun aber noch besonders dadurch unterstützt, daß Cujaz bezeugt, Er habe in mehreren Manuscripten die Lesart *septuaginta* angemerkt gefunden.

Wo nicht die Landesgesetze ein gewisses Alter bestimmt haben, welche es denn häufig schon bey einem Alter von sechzig Jahren bewenden lassen [65]), entscheidet jetzt gewöhnlich in vorkommenden Fällen das richterliche Ermessen darüber, ob und in wiefern Jemand nach der Beschaffenheit seines Alters noch eine Vormundschaft zu führen im Stande sey [66]). Altersschwäche, welche zur Führung

64) Man vergl. hier die treffliche Abhandlung von Thibaut über die Senectus; (im Archiv für die civilist. Praxis. von Löhr, Mittermaier und Thibaut. VIII. Band. Nr. II. S. 74 ff. besonders aber S. 85—89.) Ihm stimmt auch Zimmern in der Geschichte des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. §. 121. Not. 32. S. 436. bey.

65) S. das allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 18. Tit. §. 208. Nr. 7. und das allgem. bürgerl. Gesetzbuch für die Oesterreichische Monarchie. 1. Theil. 4. Hptst. §. 195. Manche Land- und Stadtrechte haben jedoch das Alter von 70 Jahren beybehalten. Z. B. das Ostfriesische Landrecht Lib. II. Cap. 224. und der Stadt Frankfurt erneuerte Reformation. Th. VII. Tit. 3. §. 2.

66) S. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 8. in fin.

einer Vormundschaft ganz unfähig macht, hält man mit Recht für eine excusatio necessaria.

§. 1356. d.

5) Unkunde im Lesen und Schreiben. 6) Feindschaft. Ergänzung einiger Excusationen.

Ob und in wiefern Unkunde im Lesen und Schreiben excusire, ist schon an einem andern Orte [67]) zur Sprache gekommen. Hellfeld führt sie hier unter Nr. 11. an. Sie entschuldiget aber nicht immer. Völlige Geschäftsunkunde (rusticitas) hingegen kann unfähig machen, ja Remotion bewirken [68]). Daß Feindschaft, in welcher Jemand mit dem Pupillen lebt, oder die er gegen desselben Eltern hegte, bald eine excusatio necessaria, bald nur eine voluntaria giebt, wie Hellfeld noch am Schluß dieses §. bemerkt, ist auch schon an einem andern Orte [69]) ausgeführt worden. Folgende Excusationen sind aber hier noch zu ergänzen. 1) Das Wohnen an einem

Mittermaier's Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 377. (der 3. Ausgabe.) Hiermit stimmen auch mehrere deutsche Stadt- und Landrechte überein. Z. B. die Fränkische Landgerichtsordnung 3. Th. Tit. 3. §. 2. der Stadt Nürnberg verneute Reformation von 1564. Tit. XXXIX. 5. Gesetz und das Bayerische Landrecht 1. Th. 7. Kap. §. 21. S. de Zwierlein Diss. de excusationib. tutor. et curator. §. XIII.

67) S. den 29. Th. §. 1301. a. S. 114—120.

68) *L.* 3. §. 18. *D. de suspect. tutor.* Ueber die Erklärung des Ausdrucks rusticitas ist Mühlenbruch über iuris und facti ignorantia, in dem Archiv für die civilist. Praxis. 2. B. Nr. XXXV. S. 446. zu vergleichen.

69) S. den 29. Th. §. 1301. S. 85—90.

andern Orte, als wo man zum Vormund bestellt worden ist, nach einer Constitution der Kaiser Severus und Antoninus. Paulus gedenkt dieser Excusation *libro singulari de cognitionibus* [70]).

Sed et hoc genus excusationis est, si quis se dicat *ibi domicilium non habere, ubi ad tutelam datus est*, idque Imperator ANTONINUS cum divo patre significavit.

In den Vaticanischen Fragmenten §. 203. h. t. [71]) kommt eine ähnliche Stelle vor.

Est et hoc genus excusationis, si quis se dicat domicilium non habere Romae, ibi delectus ad munus [72]), vel in provincia, ubi domicilium non habet, idque et *Divus* MARCUS Pertinaci et Aeliano Conss. rescripsit.

In Beziehung auf §. 173. wäre diese Stelle aus Ulpian *de officio praetoris tutelaris*, welcher diesen Entschuldigungsgrund noch durch ein Rescript des Kaisers Marcus unterstützt.

2) Wenn ein Theil der Güter des Pupillen ausser dem Geschäftsbezirk des Vormundes oder in einer andern Provinz liegt. Hier kann der Vormund bitten, daß er wenigstens von der Verwaltung dieser Güter befreyt, und für dieselben andere Vormünder bestellt werden. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

70) *L.* 46. §. 2. *D. h. t.*

71) S. de BUCHHOLTZ Juris civ. Antejust. Vatican. fragm. pag. 156. und DESSELBEN Commentar. ad §. 203.

72) Welche unter *Romae* dati tutores zu verstehen sind, erklärt TRYPHONINUS *L.* 45. § 3. *D. h. t.*

L. 21. §. 2. *D. h. t.* MARCIANUS *libro II. Institutionum.* Licet datus tutor ad universum patrimonium datus est, tamen excusare se potest, *ne ultra centesimum lapidem tutelam gerat:* nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit: *et ideo illarum rerum dabunt tutores in provincia Praesides eius.*

§. 4. Habenti ergo tutorem tutor datur: *sed aliarum rerum, non earundem datur.*

L. 27. *pr. D. de tutorib. et curator. dat.* HERMOGENIANUS *libro II. Iuris Epitomarum.* Pupillo, qui tam Romae, quam in provincia facultates habet, *rerum, quae sunt Romae, Praetor: provincialium, Praeses tutorem dare potest* [73]).

In Anſehung der teſtamentariſchen Vormünder führt Modeſtin noch ein beſonderes Reſcript der Kaiſer Septimus Severus, und Antoninus Caracalla an.

L. 10. §. 4. *D. h. t.* MODESTINUS *libro III. Excusationum.* Καὶ οἱ κατὰ διαθήκας δοθέντες ἐπίτροποι παραιτήσονται κατὰ νόμους τὸν χειρισμὸν τῶν ἐν ἄλλῃ ἐπαρχίᾳ ὄντων κτημάτων· ὡς δηλοῖ ἡ ὑποτεταγμένη τοῦ θειοτάτου Σηβήρου διάταξις.

AUGUSTINUS. *Etiam hi, qui testamento tutores dati sunt, iure excusabunt se a gubernatione earum rerum, quae in* ALIA PROVINCIA *sunt: ut infra scripta* SEVERI *constitutione manifestum est.*

Divi SEVERUS *et* ANTONINUS *Augusti Valerio.*

73) Posse wird hier nicht für debere genommen, wie es einige erklären wollen. S. *Jos.* FINESTRES *et de* MONSALVO Commentar. in Hermogenian. ad h. L. §. 5. pag. 556.

Testamento tutor datus, ante praefinitum diem adire *Praesidem provinciae* [74]) debuisti, et postulare, *ut ab administratione earum rerum, quae in alia provincia erant, liberareris* [75]).

L. 19. *D. h. t.* Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum.* Illud usitatissimum est, ut his, qui in Italia domicilium habent, administratio rerum provincialium remittatur.

Der Vormund muß sich nur aber binnen der gesetzten Zeit gehörig entschuldigen; hat er dieses versäumt, so kann er nur, wenn der Geschäftskreis gar zu sehr zerstreut ist, um Beyordnung von Curatoren bitten, wie der Kaiser Alexander *L.* 11. *C. h. t.* rescribirt hat.

Testamento tutor datus, ut a bonis his excusareris, *quae pupilli tui in alia provincia, quam unde es, ubique moraris, possident:* intra quinquagesimum diem postulare debuisti. Quod si facere cessasti, excusatio quidem temporis praescriptione summovetur: *sed propter late diffusum patrimonium an tibi adiungi aliquos curatores oporteat, Praeses provinciae, si te insufficientem deprehenderit, aestimabit.*

74) Die Worte *Praesidem provinciae* stehen zwar nicht in der florentinischen Ausgabe, aber in den meisten andern, z. B. Haloandrischen, Merlinischen, Miräischen, Baudozischen, u. m. a. auch in der neuesten Beckischen Ausgabe.

75) Eine noch hierher gehörige, jedoch lückenhafte Stelle kommt in den Vaticanischen Fragmenten §. 205. vor, worüber *de* Buchholtz pag. 158. zu vergleichen ist.

3) Befreyt ein die Veränderung des Wohnorts ausdrücklich gestattendes Migrationsrescript nicht nur von einer neu angetragenen, sondern auch von einer schon übernommenen Vormundschaft. Es muß nur der Regent gewußt haben, daß derjenige, an den er rescribirt, Tutor sey. Der Vormund darf also diesen Umstand, daß er Tutor sey, in seiner Supplic nicht verschwiegen haben, wenn das Rescript nicht für erschlichen gehalten werden soll. Daher wird auch erfordert, daß in dem Migrationsrescripte der Tutel gedacht, und derselben ungeachtet, die Veränderung des Wohnsitzes ausdrücklich erlaubt worden sey. Modestinus hat sich über diese Excusation folgendermassen geäußert. Er sagt nämlich *libro III. Excusationum* [76]).

Εἰσὶν καὶ ἄλλοι, οἱ, κἂν ἤδη ὦσιν ἐπίτροποι ἢ κουράτορες, διηνεκῶς λοιπὸν ἀπολύονται τῆς φροντίδος· οἷον οἱ τὴν ἑστίαν ἀλλαχοῦ μεταθεῖναι τυχόντες ἐξ ἀντιγραφῆς βασιλέως εἰδότος μὲν αὐτὸν ἐπιτροπεύειν, τὸ δὲ μετοικῆσαι ῥητῶς αὐτῷ φιλοτιμουμένου, καὶ τούτων ἑκάτερον δηλοῦντος τοῖς γράμμασιν.

Augustinus [77]). *Sunt et alii, qui, quamvis sint iam tutores aut curatores, in perpetuum deinceps onere liberantur. Ut qui domicilium alio mutare ex Imperatoris rescripto consecuti sunt: si modo princeps norit eos tutores esse, et aperte mutationem domicilii concedat, et* utrumque *literis significet.*

76) *L.* 12. §. 1. *D. h. t.*

77) In *Thes. Otton.* Tom. IV. pag. 1594.

Daß das Migrationsrescript Beydes, Kenntniß des Regenten, daß derjenige, an den er rescribirt, Tutor sey, und daß er die Veränderung des Wohnorts dem Vormund erlaube, ausdrücklich enthalten müsse, bestärken auch die Basiliken [78]), in denen es heißt:

78) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 1. Const. 12. in fin. pag. 7. Das Gegentheil behauptet dennoch H. Prof. Marezoll im Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeben von den HH. von Löhr, Mittermaier, und Thibaut. VIII. B. wo Nr. X. ein Aufsatz unter dem Titel: Bemerkungen, Zweifel und Vermuthungen aus dem Gebiete des Civilrechts, von ihm befindlich ist, Er hat darin §. V. S. 266—268. unser Gesetz zu erklären gesucht, aber nicht den griechischen Text des Modestinus, mit dem die *Basilica* vollkommen übereinstimmen, sondern die ganz falsche lateinische Uebersetzung des alten Auslegers zum Grunde gelegt, und sich daher ganz vergeblich bemüht, in diese Uebersetzung einen vernünftigen Sinn hinein zu interpretiren. Das Wort ἑκάτερον heißt hier keinesweges *alterutrum*, wie es der alte Interpres unrichtig übersetzt hat, sondern *utrumque*, wie es Anton Augustin gegeben hat. Eine Bedeutung, die bey den griechischen Classikern so sehr gewöhnlich ist. Man vergleiche nur Herodoti *Histor.* Lib. IX. cap. 26. pr. edit. *Dav.* Scholz. Vol. I. (*Halis* 1809.) pag. 293. in fin. und Desselben Index Graecitatis voc. ἕκαστως. Vol. II. pag. 429. Herodiani *Historiar.* Lib. III. Cap. 6. nr. 10. cap. 7. nr. 4. et 6. IV. cap. 3. n. 13. et 18. und *Balth.* Schrid Promptuar. Herodiani seu Index Herodiani absolutiss. adject. edit. *Herodiani* (Argentor. 1662. 8.) Tom. II. voc. ἑκάτερος. pag. 153. Platonis *Phaedrus* pag. 211. *Gorgias* pag. 269. *Phaedo* pag. 539. (*Oper. a Frid.* Astio *edit. Lips.* 1819. Tom. I.) Vergleiche noch Ξενοφωντος Κυρου Παιδειας βιβλια οκτο mit erläuternden Anmerkungen und einem griech. teutschen Wort-Register von

ἐν ᾧ ἴδει αὐτὸν ὁ βασιλεὺς ἐπίτροπον, καὶ ῥητῶς ἐν τῇ κελεύσει καὶ τῆς μετοικίας, καὶ τῆς ἐπιτροπῆς ἐμνημόνευσεν.

Das heißt nach Fabrots Uebersetzung: *si modo eum tutorem esse princeps scierit, et palam in iussione migrationis et tutelae mentionem fecerit.*

Eine Alternative (alterutrum) kann schon darum nicht genügen, weil ja die Obrigkeit, bey der sich der Vormund mittelst des Migrationsreskripts entschuldigen will, dem Reskript nicht ansehen kann, ob auch der Regent von dem vormundschaftlichen Verhältniß des Supplikanten Wissenschaft gehabt habe, wenn es nicht im Reskript selbst steht. Daß jedoch der Regent dem Vormunde in dem Migrationsreskript ausdrücklich auch eine Befreyung von der Vormundschaft ertheile, wird nicht erfordert, wie Anton Faber [79]) sehr richtig bemerkt hat. Ist der Vormundschaft nur wenigstens in dem Reskript Erwähnung geschehen, so ergiebt sich die Befreyung von derselben aus der ertheilten Erlaubniß zur Migration von selbst. Z. B. es heißt in dem Migrationsreskript. „Der Bürger N. hat bey Uns allerunterthänigst vorgestellt, daß er aus

Weckherlin. (Stuttgart 1807.) im Register voc. ἑκάτερος. S. 491. und Thucydides *de bello Peloponnes.* Lib. IV. c. 15. et V. c. 25. Schon *Franc.* Duarenus in Comm. in h. Tit. Pandect. *Oper.* pag. 307. bemerkte daher bey der *L.* 12., §. 1. *h. t.* quae lex male versa est, in ea legendum est *utrumque*, ubi interpres vertit *alterutram.* Vorzüglich ist aber noch *van* Alphen Specim. exhib. selecta quaed. iuris publ. et privati. Cap. II. pag. 48. zu vergleichen.

79) Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. 2. pag. 1106.

verschiedenen Ursachen entschlossen sey, seinen Wohnsitz zu verändern, und um Unsere Erlaubniß dazu nachgesucht. Obwohl nun Supplikant Vormund der Kinder des verstorbenen N. ist, so haben Wir dennoch kein Bedenken gefunden, ihm die nachgesuchte Veränderung seines Wohnsitzes zu gestatten."

§. 1356. e.

Fortsetzung. Controversia status. Lis.

4) *Status controversia*, es mag nun entweder, wie die Institutionen sagen, der status des Vormundes von dem Vater der Pupillen bestritten worden seyn, oder wie die Pandecten haben, der status des Pupillen von dem Vormunde in Streit gezogen werden, giebt ebenfalls nach Reskripten der Kaiser Marcus Antonius und Lucius Verus eine Excusation sowohl gegen angetragene, als bereits übernommene Vormundschaft. In den Institutionen heißt es §. 12. *h. t.*

Item qui *status controversiam* a pupillorum patre passus est, excusatur a tutela.

In den Pandecten [80]) aber sagt Modestinus in einer aus desselben *libro II. Excusationum* entnommenen Stelle:

Ἔτι ἀπολύεται ἐπιτροπῆς, ὅποταν ἀμφισβήτησίν τις τῷ ὀρφανῷ περὶ τῆς καταστάσεως κινῇ, φαίνεται δὲ τοῦτο μὴ συκοφαντίᾳ ποιῶν, ἀλλ' ἐκ καλῆς πίστεως· καὶ τοῦτο οἱ θειότατοι Μάρκος καὶ Βηρος ἐνομοθέτησαν.

80) *L.* 6. §. 18. *h. t.*

Augustinus [81]). *Praeterea a tutela liberatur, qui status controversiam pupillo movit, dum ne id ficte, sed bona fide faciat: quod Divus* Marcus *et* Verus *constituerunt.*

Der Ausdruck *Controversia status* oder quaestio de statu, ist nicht blos mit den Auslegern der Institutionen, Franz Hotoman, Franz Bröus, und Arnold Vinnius auf eine Bestreitung der Freyheit, oder Ingenuität zu beschränken. Er geht auch auf eine Bestreitung der Civität. Denn der Stand der Freyheit und der Civität wird im eigentlichen Sinne des Röm. Rechts status genennt [82]), und auch nur auf diese quaestiones de statu bezog sich die durch ein Edict des Kaisers Nerva eingeführte praescriptio quinquennii, vermöge welcher nach Ablauf einer Zeit von fünf Jahren über den Status Verstorbener keine Untersuchung mehr Statt haben soll [83]).

Die Worte ἐκ καλῆς πίστεως, *bona fide*, bey Modestin wollen so viel sagen, die quaestio status müsse im Ernst, und nicht aus Chikane, oder zum Schein, und blos in der Absicht erhoben seyn, um von der Vormundschaft loßzukommen, so wie auch Hotoman und Vinnius diese Stelle ganz richtig erklärt haben.

Sonst entschuldiget ein bloßer Proceß des Vormundes mit dem Pupillen in der Regel nicht, es müßte denn etwa das ganze Vermögen des Mündels, oder der größte

81) S. Tom. IV. *Thes. Otton.* pag. 1582.

82) S. von Feuerbach civilist. Versuche 1. Th. S. 187. ff.

83) *L. 4. pr. D. Ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur.* (XL. 15.) S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 118.

Theil deſſelben, oder eine Erbſchaft Gegenſtand des Rechtsſtreits ſeyn.

§. 4. *I. h. t.* Item propter litem, quam cum pupillo vel adulto tutor vel curator habet, excusare nemo se potest: *nisi forte de omnibus bonis vel hereditate controversia sit.*

L. 21. *pr. D. h. t.* Marcianus *libro II. Institutionum.* Propter litem, quam quis cum pupillo habet, excusare se a tutela non potest, *nisi forte de omnibus bonis, aut plurima parte eorum controversia sit.*[84]).

Julian *libro XX. Digestorum* [85]) giebt hier den Fall: Der Pupill iſt enterbt, und der nächſte geſetzliche Verwandte iſt zum Erben und Tutor ernannt. Hier kann ſich der Vormund entſchuldigen, und thut er es nicht, ſo kann er ſogar removirt werden.

Durch die *Nov. LXXII. Cap.* 1. dürfte jedoch das Inſtitutionen- und Pandectenrecht hierin wohl eine Aenderung erlitten haben, wie ich ſchon an einem andern Orte [86]) gezeigt habe.

Auch häuslicher Zwiſt kann nach Reſcripten Hadrians, und der *divorum Fratrum* eine Excuſation

84) In den *Vatican. Fragm.* §. 139 kommt auch eine hieher gehörige Stelle vor: De litibus, quas tutor cum pupillo habet, an propterea excusetur? Et dicit, propterea non excusandum: *et extant rescripta.*

85) *L.* 20. *D. h. t.*

86) S. den 29. Th. §. 1301. S. 90. u. ff. Man vergleiche auch *Hub.* Giphanii und *Arn.* Vinnii Commentar. ad §. 4. I. h. t. und *Ant.* Fabri Jurispr. Papin. Tit. XXIV. Pr. I. Illat. 4. pag. 1129.

herbeyführen, wie aus einer Stelle des Paulus *libro singulari de officio praetoris tutelaris* in den Vaticaniſchen Fragmenten §. 244. erſcheint [87]).

Mediocritas, et rusticitas, et *domesticae lites* [88]) interdum excusationes merentur, ex epistolis divorum Hadriani et Antonini et *Fratrum* ad Caerellium Priscum praetorem tutelarem.

§. 1356. f.

Excuſation von der Curatel.

Endlich 6) iſt noch eine, aber nur der Curatel über einen Minderjährigen eigene Excuſation übrig, nämlich wenn man ſchon die Tutel über denſelben geführt hat. Hier kann man ſich nach einer Verordnung der Kaiſer Severus und Antoninus die Curatel über denſelben, nach eingetretener Pubertät, verbitten, und zwar auch ſogar dann, wenn ſelbſt der Vater, der den Vormund im Teſtamente beſtellt hat, ausdrücklich verordnet hätte, daß er denſelben auch zum Curator ernannt habe. Denn auch in dieſem Falle ſoll der Vormund nicht wider ſeinen Willen genöthiget werden können, die Curatel zu übernehmen, weil es die Geſetze für hart halten, Jemanden in Anſehung der nämlichen Perſon mit einer doppelten Laſt zu belegen [89]). Hierher gehören folgende Stellen.

87) Man vergleiche über dieſe Stelle de Buchholtz Vatican. Fragm. pag. 185.

88) Beyſpiele enthalten *L.* 27. *D. de teſtam. tut.* *L.* 20. *D. de Excusat.* *L.* 16. *C. eodem.* S. *de* Buchholtz c. l.

89) S. *Ant.* Fabri Jurispr. Papin. Tit. XXIV. Pr. I. Illat. 2. pag. 1110.

Vaticana Fragmenta §. 200. (vielleicht aus Ulpian *de officio Praetoris tutelaris.*) Erit haec etiam excusatio, si quis se dicat tutelam alicuius administrare, et ad curam eius vocetur. Nam invitum non esse compellendum suscipere, Imperator noster cum patre Polo Terentiano rescripsit.

Paulus *Sententiar. Receptarum Lib. II. Tit.* 27. §. 2. Ad curam eius, cuius quis tutelam administravit, invitus vocari non potest [90]).

§. 18. *I. h. t.* Qui tutelam alicuius gessit, invitus curator eiusdem fieri non compellitur: in tantum ut, *licet pater* [91]), *qui testamento tutorem dedit, adiecerit se eundem curatorem dare, tamen invitum eum curam suscipere non cogendum,* Divi Severus [92]) et Antoninus rescripserunt.

L. 16. *D. h. t.* Modestinus *libro II. Responsorum.* Gaius testamento Nigidium filio suo tutorem dedit, eundemque usque ad vicesimumquin-

90) S. Hugo Jus civ. Antejust. Tom. I. pag. 128.

91) Cujaz hat paterfamilias, allein alle andere Ausgaben, die ich verglichen habe, lesen pater. Die ältere Ausgabe der Institutionen von Johann Petit Paris 1516. 4. las zwar auch paterfamilias, allein die neuere Paris 1531. 4. liest pater. Auch Theophilus hat πατὴρ.

92) Ce. D'Arnaud Variar. Conjecturar. Lib. II. Cap. 17. pag. 328. will *Divi Verus et Antoninus* lesen. Es fehlt auch nicht an Handschriften, welche hier *divi fratres* lesen, wie z. B. unser Erlanger Institutionen-Codex. Allein mit Recht hat diese Emendation verworfen Püttmann Interpretat. et observat. Cap. III. Man vergleiche hier noch den 31. Theil §. 1354. a. Not. 79. S. 191.

tum annum curatorem constituit. Quaero, cum liceat Nigidio a curatione etiam citra appellationem se excusare *), ex qua die tempora, quae in excusationibus observanda *Divus* Marcus statuit, computanda sunt: utrum ex die aperti testamenti, an ex quo ad negotia gerenda vocatur, id est, post quartumdecimum annum impletum? Modestinus respondit, *excusationem a cura tunc necessariam esse, cum decreto Praetoris seu Praesidis confirmatus curator fuerit.*

Modestin bestätigt hier, was Justinian in seinen Institutionen sagt, nämlich daß auch durch das Testament des Vaters dem Vormunde das ihm nach den Gesetzen zustehende Excusationsrecht nicht entzogen werden könne. Die Disposition des Vaters kann schon darum den Vormund nicht binden, weil im Testament kein Curator gültig bestellt werden kann. Erst durch die obrigkeitliche Bestätigung wird die Curatel gültig. Nun erst ist es Zeit sich zu entschuldigen. Nun muß sich aber auch der Vormund binnen der gesetzlich bestimmten Zeit entschuldigen, weil er sonst die Curatel zu übernehmen genöthiget werden könnte [93]). So erklären sich nun die Worte: *Excusationem a cura tunc necessariam esse, cum decreto Praetoris confirmatus curator fuerit.* Denn erst von der Zeit der Confirmation an gilt der bisherige Tutor nun auch als Curator [94]).

L. 20. *C. h. t.* Impp. Diocletian. et Maximian.

*) S. Huberi Praelect. h. t. §. 9.

93) *L.* 32. *D. h. t. L.* 3. §. 6. *D. de suspect. tutor.*

94) S. *Jac.* Cujacii Comment. in Lib. II. Responsor. Herennii Modestini ad h. L. 16. (*Oper. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 150.)

AA. et CC. Cratino. Curator adultis nominatus, quorum tutor antea fueras, invitus in administratione teneri non potes. *Proinde si dies excusationibus praefinitus nondum excessit, uti competenti defensione potes.*

Den Freygelassenen, welche die Tutel über die Kinder ihres Patrons oder ihrer Patronin geführt hatten, kam jedoch nach einer Verordnung des Kaisers Alexander [95]) die excusatio a cura nicht zu Statten, so wie denn Freygelassene überhaupt sich gegen solche Tutelen nicht sollten entschuldigen dürfen [96]). Man hielt den Freygelassenen für undankbar, welcher die ihm über die Kinder seines Patrons angetragene Vormundschaft abzulehnen suchte [97]). Ob die liberti auf Seiten der Pupillen paterni oder materni sind, ist gleichviel [98]).

Befreyt denn aber die über einen Unmündigen geführte Tutel auch noch jetzt von der Curatel des nun mündig gewordenen Pupillen? Diese streitige Rechtsfrage ist schon an einem andern Orte [99]) vorgekommen, worauf ich mich hier beziehen will.

95) *L.* 5. *C. h. t.*

96) *Vatican. Fragm.* §. 152. *h. t.* De libertis quoque, quamvis multa privilegia excusationum praetendant, tamen a patroni sui liberorum tutela non excusantur. Vergleiche auch noch §. 160. In der *L.* 5. *C. h. t.* wird dieses einer Verordnung des *Divus* Marcus zugeschrieben.

97) *L.* 19. *D. de iure patronat.* (XXXVII. 14) Paulus *lib I. Sententiar.* Ingratus libertus est, qui rei patroni, liberorumve tutelam administrare detrectat.

98) *Vatican. Fragm.* h. t. §. 220. und *L.* 14. *pr. D. h. t.* S. de Buchholtz pag. 166.

99) S. den 30. Th. §. 1322. c. S. 75 f.

§. 1356. g.

Nachtrag zum §. 1356. d. die *L.* 21. §. 2. *D. h. t.* betreffend.

Ich muß, ehe ich diesen §. verlasse, noch eine Bemerkung nachholen, welche die oben S. 61. angeführte *L.* 21. §. 2. *D. h. t.* betrifft. Dieses Gesetz ist unter den Beweisstellen für diejenige Excusation angeführt worden, welche dem Vormunde in Ansehung der in einer andern Provinz gelegenen Güter seines Mündels zusteht, für welche er um die Bestellung eines besondern Vormundes bitten kann [100]). In dieser Gesetzstelle kommen die Worte vor: *nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit.* Diese will nun Gerh. Noodt [1]) wegstreichen, weil sie offenbar Glosse eines Interpreten wären, welche an sich nichts relevirend, den Sinn sichtbar störten. Dagegen will ich nur erinnern, daß die Basiliken [2]) dieselben Worte haben: *εἰ μὴ τῆς αὐτῆς ἐπαρχίας εἰσιν.* Es läßt sich also wohl die Aechtheit derselben eben so wenig bezweifeln, als sich mit Grund behaupten läßt, daß sie den Sinn stören sollten.

§. 1357.

Anbringen der Excusation. Fristen derselben, und deren Berechnung. Rechtliches Verfahren. Folgen falscher Excusation.

Wem nun eine Excusation zusteht, muß sie auf die gehörige Art binnen der gesetzten Zeit vor Gericht anbrin-

100) Kommt der Fall bey Curatoren vor, so muß es nach *L.* 2. *C. h. t.* den Curanden überlassen werden, sich für diese Güter Curatoren zu erbitten.

1) Commentar. ad Dig. h. t. §. Transeo. Tom. II. *Oper.* pag. 570.

2) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 1. Const. 20. pag. 11.

gen und ausführen [3]). Diese Verhandlung geschieht bey dem Magistrate, dem die Obervormundschaft zusteht, oder wie sich die Gesetze ausdrücken, apud competentem iudicem, *cuius de ea re notio est* [4]), aber jetzt nicht mehr, wie ehemals gegen obrigkeitliche Ernennung oder Confirmation der Fall war, im Wege einer Appellation, sondern wie es auch sonst schon bey den gesetzlichen, und gesetzmäßig bestellten testamentarischen Vormündern immer geschehen seyn mochte [5]), durch mündliches Vorbringen vor dem Tribunal. Die Nothwendigkeit der Appellation ist nun auch in jenen beyden erstern Fällen durch eine Constitution der Kaiser Severus und Antoninus Caracalla aufgehoben worden, und zwar mit Recht. Denn durch die obrigkeitliche Ernennung zum Vormunde oder Confirmation ist ihm ja noch nichts von seinem Rechte benommen. Die Berufung geschieht überdem ohne eine förmliche Sentenz [6]). Wie konnte also der Berufene sagen, er sey durch das obrigkeitliche Decret gravirt? Appellation bey dem bloßen Anbringen der Excusation, um solche auf diesem Wege geltend zu machen, findet also

3) Man vergleiche *Jac.* Cujacii Commentar. ad L. 13. D. h. t. *Ant.* Fabri Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. VII. pag. 1134 — 1140. *Hug.* Donelli Commentar. iuris civ. Lib. III. Cap. 9. §. 49 — 60. (Volum. II. edition. *Norimberg.* noviss. 1805. 8. pag. 132 — 139.) *Franc.* Duareni Comment. ad h. Tit. Pand. (*Oper.* pag. 305. sq.) und *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Transeo. (*Opp.* Tom. II. pag. 569. sq.)

4) *L.* 2. *L.* 6. *Cod. h. t.*

5) S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. §. 242. S. 909.

6) S. Donellus c. l. §. 50.

nun nicht mehr Statt [7]). Nur dann soll nach einer Verordnung des Kaisers Marcus eine wirkliche Appellation zulässig seyn, wenn eine gehörig vorgebrachte Excusation durch eine förmliche Sentenz des competenten Richters ohne hinreichenden Grund verworfen, und dadurch der sich excusirende Vormund wirklich gravirt worden ist. Hierher gehören folgende merkwürdige Gesetzstellen.

L. 13. *pr. D. h. t.* Modestinus *libro IV. Excusationum.* Εἰδέναι χρὴ, ὅτι οὔτε οἱ χειροτονηθέντες ἐπίτροποι, οὔτε οἱ κατὰ διαθήκην δοθέντες ἐκκαλεῖσθαι ἀνάγκην ἔχουσιν, ὡς δηλοῖ διάταξις τῶν θειοτάτων Σεβήρου καὶ Ἀντωνίνου. Τοῦτο δὲ παραφυλάττειν δεῖ καὶ ἐπὶ τῶν χειροτονηθέντων κουρατόρων· ἐν ὀλίγοις γὰρ πάνυ διαλλάττουσιν οἱ κουράτορες ἀπὸ τῶν ἐπιτρόπων. Κατὰ μέντοι τῶν ψήφων τῶν ἐκβαλλούσων αὐτοῖς τὰς ἐξκουσατίονας ἄδειαν ἔξουσιν ἐκκαλεῖσθαι.

Augustinus. *Scire oportet, neque creatos tutores, neque testamento datos provocandi necessitatem habere, ut ex constitutione Divorum* Severi *et* Antonini *apparet. Quod etiam observari convenit in creatis curatoribus. Nam valde*

7) Doch nur bey Vormundschaften. *L.* 18. *C. h. t.* Bey andern muneribus ist die Appellation geblieben. *L.* 1. §. 2—4. *D. Quando appellandam. L.* 1. *pr. et* §. 1. *D. de vacat. et excusat. mun.* Geschieht also in den Gesetzen bey Excusationen noch der Appellation Erwähnung, wie z. B. *L.* 4. *D. h. t. L.* 39. §. 6. *D. de admin. tut. L.* 2. *L.* 28. *D. de tutor. et curat. dat.* u. a. so sind solche Gesetzstellen immer von einer Appellation gegen Verwerfung der Excusation zu verstehen, wie *Arn.* Vinnius in Comm. ad §. 16. I. h. t. nr. 1. sehr richtig bemerkt hat.

sunt pauca ea, in quibus curatores a tutoribus differant. Sane a sententiis, quae eis excusationes auferunt, provocare licet.

L. 1. §. 1. *D. Quando appellandum sit.* (*XLIX.* 4.) Ulpianus *libro I. de Appellationibus.* Si quis tutor datus fuerit vel testamento, vel a quo alio, qui ius dandi habet, *non oportet eum provocare*, hoc enim *Divus* Marcus effecit, sed intra tempora praestituta excusationem allegandam habet, *et si fuerit repulsa, tunc demum appellare debebit*: ceterum ante frustra appellatur.

Hieraus erklärt sich nun, wenn Justinian in seinen Institutionen §. 16. sagt:

Qui autem excusare se volunt, *non appellant.*

Theophilus fügt in seiner griechischen Paraphrase aus den angeführten Gesetzen noch die Worte hinzu: *τότε γὰρ ἡ ἔγκλητος ἀναγκαῖα, ὅτε τις χρησάμενος τῇ ἐξκουσατίονι μὴ κρατήσῃ τοῦ ἀγῶνος*, welche Reitz so übersetzt hat. *Tunc enim appellatio est necessaria, quum quis excusatione utens, litem non obtinuerit.*

Daß die Excusationssache vor dem Tribunal des competenten Magistrats verhandelt werden mußte, hatte seinen Grund darin, weil sie eine gerichtliche Untersuchung, und ein Decret erforderte, wodurch die Excusation entweder für rechtmäßig erkannt, oder verworfen wurde. Daher mußte auch bey der Verhandlung der Excusationssache derjenige mit vorgeladen, und mit seinen Einwendungen gehört werden, dem an der Bestellung des Vormundes gelegen war[8]).

8) *L.* 1. *C. Si tutor vel curator falsis allegationib. excusatus sit.* (V. 63.) *L.* 37. *D. h. t.* S. *Jul. a* Beyma

Hieraus erklärt sich, wenn die Gesetze von einer contradictio [9]), von einer lis [10]) sprechen, und einen adversarius [11]) aufstellen. Nur solche Sachen konnten vor Gericht de plano abgethan werden, welche keine causae cognitio erforderten. Daher sagt Ulpian *libro XXXIX. ad Edictum* [12]): Si *causa cognita* bonorum possessio detur, non alibi dabitur, quam *pro tribunali*, quia neque decretum *de plano* interponi, neque *causa cognita* bonorum possessio alibi, quam *pro tribunali* peti potest. Auf das bloße Anführen der Excusation konnte also der Prätor noch kein entscheidendes Decret ertheilen. Dieß ist es, wenn Ulpian *libro II. de officio Proconsulis* [13]) sagt: Excusare se tutor *per libellos* non poterit [14]). Denn *per libel-*

Commentar. in Titt. de Verbor. Signif. et de div. Regulis iuris ad L. 71. de Reg. iur. pag. 332.

9) *L.* 39. *D. h. t.*

10) *L.* 14. *C. h. t.*

11) *L.* 1. §. 1. *D. de vacat. et excus. mun.* Eine merkwürdige Stelle kommt in den *Vatican. Fragmentis* §. 156. h. t. vor: Itaque ubi sciit, ne praescriptione L. dierum excludatur, si sint sessiones, vel pro tribunali, vel de plano, *adversario*, id est, ei, qui eum petit, denunciare debet, et adire Praetorem, et titulum (i. e. causam) excusationis suae apud eum expromere. S. *de* Buchholtz pag. 132.

12) *L.* 3. §. 8. *D. de Bonor. possession.* (XXXVII. 1.)

13) *L.* 25. *D. h. t.*

14) S. Donellus Lib. III. Cap. 9. §. 53. Duarenus c. l. pag. 805. und Noodt c. l. §. Dicitur. (*Opp.* Tom. II. pag. 570.)

lum und *de plano* bedeutet das Nämliche. Beydes wird nach dem gerichtlichen Sprachgebrauche der Römer von solchen Sachen gebraucht, welche keine causae cognitio, auch kein Decret erforderten, sondern wo der Prätor auf das bloße schriftliche Anbringen des Imploranten sogleich verfügen konnte [15]). Auch dieses lehrt Ulpian in dem ben *libro II. de officio Proconsulis*, [16]) wo er sagt:

15) Man vergleiche *Jac.* Rabvardi Protribunal. Cap. 8. (*Oper.* Tom. II. pag. 798.) *Jac.* Cujacii Praelection. in Tit. D. de divers. Regulis iur. ad L. 71. h. t. *Jac.* Gothofredi Comment. in Tit. eund. ad L. 71. eand. pag. 307. *Sibr. Tetard.* Siccama de iudicio centumvir. Lib. I. cap. 3. und *Car. Frid.* Zepernick ad Eundem not. b. pag. 19 sq. auch *Ger.* Noodt de iurisd. et imperio Lib. I. cap. 10. (*Oper.* Tom. I. pag. 104.)

16) *L.* 9. §. 1. *D. de officio Procons.* (I. 16.) Daß die Inscription Ulpianus *libro I. de officio Proconsulis*, so wie sie in der florentinischen und den gemeinen Ausgaben, auch noch in der neuesten Beckischen lautet, falsch sey, ist schon längst von *Jac.* Cujacius in Comm. ad L. 13. D. h. t. und besonders von *Jac.* Gothofredus in Commentar. in Tit. Pand. de div. Regulis iuris ad L. 71. h. t. pag. 307. gezeigt worden. Daß *libro II.* gelesen werden müsse, beweist der genaue Zusammenhang der *L.* 7. mit der *L.* 9. *D. de officio Procons.* wie schon *Ger.* Noodt in Comment. ad Dig. Lib. I. Tit. 19. §. Sicut. (*Opp.* Tom. II. pag. 46.) bemerkt hat. Die *L.* 7. hat aber die Ueberschrift: Ulp. *libro II. de officio Proconsulis.* Sodann aber enthält die *L.* 71. *D. de Regulis iur.* die ganze Stelle aus *L.* 9. §. 1. *D. de offic. Procons.* Omnia, quaecunque etc. und hat die Inscription *Idem* (Ulp.) *libro II. de officio Proconsulis.* Man sehe auch *Ant.* Schultino Notae ad Dig. seu Pandect. Tom. I. ad L. 9. D. de offic. Procons. pag. 199. Ich

Ubi decretum necessarium est, *per libellum* id expedire Proconsul non poterit: *omnia enim, quaecunque causae cognitionem desiderant, per libellum non possunt expediri.* Daher werden die Ausdrücke pro tribunali und per libellum [17]), so wie pro tribunali und de plano [18]) einander entgegengesetzt. Ganz unrichtig haben also diejenigen [19]) den Ulpian verstanden, welche meinen, er habe die persönliche Gegenwart des Vormundes zur Anbringung der Excusation als nothwendig erfordert. Nun hat zwar Cujaz [20]) diese Meinung mit Recht verworfen, und die Zulassung eines Stellvertreters um so unbedenklicher gefunden, weil die Excusation kein actus legitimus sey, und selbst bey feyerlichen Handlungen, wo es auf den Beweis der Causa ankommt, wie z. B. bey der Manumission per vindictam, ein Procurator zugelassen werde [21]). Dennoch haben mehrere Rechtsgelehrten [22]), welche auch übrigens den Ulpian ganz richtig erklärt haben, gegen Cujaz die Meinung zu vertheidigen gesucht, daß der Vormund zur An- und Ausführung sei-

bemerke nur noch, daß Haloander und Miräus allein die richtige Lesart haben.

17) *L.* 2. *Cod. Quemadmod. testam. aperiant.* (VI. 32.)

18) *L.* 1. §. 8. *D. ad SCtum Turpill.* (XLVIII. 16.)

19) Accursius in Gloss. ad L. 25. D. h. t. *Ant.* Augustinus Comm. in Modestin. ad L. 13. §. 8. h. t. und *Pet.* Faber Commentar. ad Tit. Pand. de div. Regul. iur. ad L. 70. pag. 191. (*Lugd.* 1566 f.)

20) Commentar. ad L. 13. D. h. t. und Desselben Praelection. in Tit. D. de div. Regulis iuris ad L. 71. h. t.

21) *L.* 15. §. 3. *D. de manumiss. vindicta.* (XL. 2.)

22) *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. c. l. pag. 1138. und *Reinh.* Bachov Notae et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. IX. Th. 1. Lit. B. pag. 458.

ner Excusation sich in Person vor Gericht stellen müsse. Denn warum hätten sonst die Gesetze in dem Falle, da der zur Vormundschaft Berufene abwesend ist, so genau die Meilen bestimmt, die der berufene Vormund alle Tage zurückzulegen habe? gewiß aus keinem andern Grunde, als damit er sich zur rechten Zeit vor Gericht einfinden könne, um seine Excusationen vorzubringen [23]). Ja wie könnte eine Frage davon seyn, ob er ein entschuldbares Hinderniß gehabt, wenn er nicht zur rechter Zeit erschienen ist [24]); da es ihm ja immer zur Last fallen würde, daß er keinen Procurator geschickt hat? Allein dieß alles schließt die Zulassung eines Anwalts noch nicht aus. Denn könnte dem Procurator nicht ebenfalls ein solches Hinderniß in den Weg kommen? Sollte dieß zu keiner Entschuldigung gereichen [25])?

Allein eine Stelle des Herennius Modestinus verdient hier noch eine nähere Betrachtung. Er sagt nämlich *libro IV. Excusationum* [26]).

Χρὴ δὲ μιᾷ μαρτύρασθαι πρὸ βήματος, ἢ ἄλλως ἐπὶ ὑπομνημάτων. Δύναται δὲ καὶ βιβλίδια ἐπιδοῦναι χαμόδεν, ὡς οἱ αὐτοὶ φασιν αὐτοκράτορες.

Augustinus. *Una autem oportet testari excusationem apud tribunal, aut alias apud acta: aut potest supplices libellos dare, ut iidem Imperatores constituerunt.*

23) *L.* 13. §. 1. *et* 2. *D. h. t.*

24) *L.* 13. §. 7. *D. h. t.*

25) Daß Stellvertreter hier nicht auszuschließen sind, behauptet auch Zimmern in der Geschichte des Röm. Privatrechts 1. B. §. 242. S. 909.

26) *L.* 13. §. 10. *D. h. t.*

Der Ausdruck *testari excusationem* heißt hier soviel, als allegare speciem seu causam excusationis. Diese *testatio* oder *allegatio causae*, welche in den Basiliken δικαιολογία genennt wird, kann nun nach Modestin sowohl vor dem Tribunal, als sonst vor Gericht geschehen. Den Ausdruck ὑπομνήματα, welcher auch *L.* 15. §. 13. *D. h. t.* vorkommt, hat Augustinus durch acta übersetzt, der alte Interpres aber auf eine eben so unverständliche als barbarische Art, durch *submemorationes*. Der Ausdruck *hypomnemata* kommt auch in Cicero's Briefen [27]) vor, wo Cicero's Sohn an seinen Tiro schreibt: Multum mihi eripitur operae in exscribendis *hypomnematis*. Alciat [28]) erklärt diesen Ausdruck durch *Commentarii*, welches nichts anders als Gerichtsacten heißt, denn die Personen, welche zum Schreiben derselben gebraucht wurden, hießen *Hypomnematographi*, welche Cujaz [29]) Commentarienses nennt. Jac. Gothofredus [30]) hat ausführlich von denselben gehandelt. So wie die Uebersetzung der Stelle des Modestinus bey Augustinus lautet, konnte das Anbringen der Excusation auch bey dem Kaiser schriftlich geschehen. Dieß behauptet auch Donellus [31]), und mit ihm Zimmern [32]). Donellus bemerkt jedoch, daß auch der

27) *Epistolar. Lib. XVI. Ep.* 21.

28) Annotation. in tres poster. Cod. Just. libros ad tit. de Decurionib. X. 31. (*Oper.* Tom. II. pag. 95.)

29) Comment. ad tres postrem. libros Cod. ad L. 59. de Decurionib.

30) Comment. ad L. ult. Cod. Theod de Decurion. Tom. IV. pag. 555. edit. *Ritter*.

31) Cit. loc. § 53.

32) Gesch. des R. Privatrechts. 1. B. § 242.

Princeps den Vormund an die competente Obrigkeit zu verweisen habe, um vor derselben die Excusation auszuführen, und von dieser die Sentenz zu erwarten [33]). Allein es ist noch die Frage, ob auch die Uebersetzung des Augustinus richtig sey. Cujaz [34]) hält sie für ganz falsch. Male in d. L. 13. sagt er, legitur *supplices libellos*, uti interpretatur Augustinus, sed interpretandum *de plano*. Und er hat Recht. Denn das Wort χαμόθεν bedeutet nie suppliciter, sondern de plano [35]).

33) Auch *Ant.* Quintanaduenna de iurisdictione et imperio. Lib. I. Tit. 9. nr. 21. (in *Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 251.) sagt: *Ubi decretum est necessarium*, praetorem *ipsum desiderari, neque alium expedire posse*, *L.* 105. *D. de Regul. iuris*, *adeo ut quae causae cognitionem desiderant, ab ipso* principe *per libelli subscriptionem et interpellatione planaria expediri non possint.*

34) Praelection. in Tit. Dig. de divers. Regul. iur. ad L. 71. h. t.

35) Das Wort χαμόθεν bedeutet eigentlich nach Hesychius und Xenophon soviel als ex humo, e terra, und bezeichnet daher, wie auch das lateinische Wort planum, einen niedern Ort, so wie das Wort βῆμα, tribunal, einen erhabenen Ort bezeichnet. In dieser Bedeutung setzt Seneca *de Clementia Lib. I. cap.* 5. *in tribunali* und *in plano* einander entgegen, und Ulpian sagt *L.* 11. §. 3. *D. de institor. act.* (XIV. 3.) Proscribere palam sic accipimus claris literis, ut *de plano* recte legi possit. S. *Jac.* Curtius Εἰκαστῶν Lib. III. cap. 41. (*in Th. J. R. Ottonian.* Tom. V. pag. 227.) Cujacius bestärkt seine Meinung noch durch ein treffendes Beyspiel, welches die Unrichtigkeit der gemeinen Erklärung von supplices libelli vollends ausser Zweifel setzt. Er sagt nämlich, auch die iudices pedanei werden χαμαιδικασταὶ

Suppliciter heißt ἐκετεύως. Die Basiliken [36]) lassen keinen Zweifel übrig. Diese haben ἐπὶ βήματος, ἢ διὰ λιβέλλου ἐξ ἐπιπέδου, i. e. *pro tribunali, vel per libellum de plano.* Aber nun scheint ja Modestin mit Ulpian [37]) im Widerspruche zu seyn, welcher geradezu sagt: Excusare se tutor *per libellos* non poterit. Keinesweges. Beyde haben Recht. Man unterscheide zwischen der bloßen testatio oder allegatio excusationis, von welcher Modestin spricht, und der wirklichen disceptatio et probatio excusationis. Das bloße Anbringen der Entschuldigung, wovon Modestin spricht, konnte eben sowohl per libellum de plano als pro tribunali geschehen, denn dieß hatte noch keine obrigkeitliche Entscheidung, sondern blos Ausschließung der Verjährung wegen Versäumniß zum Zweck. Cujaz [38]) sagt: Contestatur etiam per libellum, *summovendae tantum praescriptionis causa.* Wenn aber auch gleich hier noch keine weitere Verhandlung erfolgte; so mußte doch der zum Vormund Berufene seinem Gegner, d. h. hier demjenigen, welcher auf die Bestellung desselben bey der Obrigkeit angetragen hatte, Nachricht davon geben, wie aus der

genennt, quia tribunal non habebant, sed in subselliis quasi plano pede iudicabant. Man vergleiche übrigens noch *Henr.* Stephani Thesaur. linguae Graecae Tom. IV. voc. χαμαί. pag. 388 — 392.

36) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 1. Const. 13. pag 8.

37) *L.* 25. *D. h. t.*

38) Commentar. ad L. 13. D. h. t. Man sehe auch *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Dicitur. pag. 570. und *Arn.* Vinnius Comm. ad §. 16. J. h. t. nr. 2.

besonders hierher gehörigen Stelle in den Vaticanischen Fragmenten §. 156. erhellet [39]):

Itaque ubi sciit (sc. tutor datus), *ne praescriptione L. dierum excludatur*, si sint sessiones, vel *pro tribunali*, vel *de plano*, ADVERSARIO, id est, ei, qui eum petit, *denuntiare debet*, et adire Praetorem, *et titulum excusationis suae apud eum expromere.*

Eben deswegen, weil es hier blos darauf abgesehen war, daß die Excusation nicht wegen versäumter Anbringung derselben erlösche, konnte sie sogar während der Gerichtsferien geschehen. Auch dieß wird in dem angeführten Fragmente gesagt, an dessen Schlusse es heißt:

Si feriae sint, libellos det contestatorios [40]).

Dieß lehrte uns aber auch schon Ulpian *libro V. ad Edictum* [41]), wo er diese Begünstigung einer Oratio von Divus Marcus zuschreibt. Er sagt daselbst:

Eadem oratione *Divus* MARCUS in Senatu recitata effecit, *de aliis etiam speciebus Praetorem adiri etiam diebus feriaticis:* utputa ut tutores aut curatores dentur, ut officii admoneantur cessantes, *excusationes allegentur*, etc.

Daß Modestin blos von dem Anbringen der Excusation spricht, welche nur, um die Verjährung zu unter-

39) Man vergleiche über diese Stelle *de* BUCHHOLTZ Vatic. Fragm. pag. 132.

40) *Libelli contestatorii* sollen wohl nur das schriftliche Anbringen des ernannten Vormundes bezeichnen, welches die Entschuldigungsursache enthält, wie man sagt libelli appellatorii.

41) *L. 2. D. de feriis.* (II. 12.) Man sehe über diese Stelle *Ant.* SCHULTING Notae ad Dig. s. Pand. Tom. I. ad h. L. u. SMALLENBURG ad BONDEM pag. 308. Not. 1.

brechen geschieht, wenn er lehrt, sie könne auch de plano per libellum geschehen, erhellet noch insonderheit daraus, wenn er sagt:

L. 13. §. 8. *D. h. t.* Εἰδέναι δὲ δεῖ ὅτι οὐκ ἀπόχρη τὸ προσελθεῖν τῷ δικάζοντι, ἀλλὰ δεῖ αὐτὸν καὶ περὶ τοῦ εἴδους τῆς ἀφέσεως μαρτύρασθαι· καὶ εἰ πολλὰ ἔχει πρὸς ἄφεσιν δίκαια, πάντα ὀνομᾶσαι· εἰ δὲ μὴ, ὅμοιός ἐστι τῷ μὴ δὲ τὴν ἀρχὴν προσεληλυθότι, ὁ προσελθὼν μέν, δίκαιον δὲ ἀφέσεως μὴ ὀνομάσας.

Augustinus. *Scire autem oportet, non sufficere venisse quem ad ius dicentem, sed opus est speciem excusationis testari, quod si multas habet causas excusationis, omnes proponet: sin minus, similis ei est, qui principio non venerit, quamvis venit is quidem, non tamen causas excusationis dixit.*

Ganz anders verhält sich die Sache, wenn von der wirklichen Ausführung und Zulassung der Excusation die Rede ist. Diese mußte pro Tribunali verhandelt und entschieden werden, weil hier eine causae cognitio, und ein entscheidendes Decret erfordert wurde, welches entweder die Excusation verwarf, oder für rechtmäßig erkannte. Mit Recht sagt daher Cujaz: Disceptatur, et excutitur, et recipitur excusatio *pro tribunali* tantum, *quia decreto opus est.* Von dieser spricht nun Ulpian in der oben angeführten *L.* 25. *D. h. t.* wie aus der Verbindung derselben mit der *L.* 9. §. 1. *D. de officio Proconsulis* und *L.* 71. *D. de div. Regul. iuris* sich ganz deutlich ergiebt. Denn alle diese Gesetzstellen sind aus des Ulpiani *libro II. de officio*

Igitur observandum deinceps erit, ut qui tutor datus sit, si quas habere se causas excusationis arbitrabitur, adeat ex more [47]): nec in infinitum captiosi silentii [48]) tempus; per quod res interfrigescat [49]), concessum sibi credat. Hi, qui Romae vel intra centesimum miliarium fuerint, *sciant in proximis diebus quinquaginta se excusationis causas allegare debere, aut capessere administrationem:* ac nisi id fecerint, in ea causa fore, in qua sunt, de quibus Consules amplissimi decreverunt [50]), periculo suo eos cessare.

Es ist hier Folgendes zu bemerken.

a) Die hier zur Anführung der Entschuldigungsgründe festgesetzten 50 Tage sind dies continui, die in einer natürlichen Zeitordnung ununterbrochen nach einander fortlaufen, so wie sie in dem Kalender auf einander folgen, ohne Unterschied, sie seyen Gerichtstage oder Gerichtsferien,

47) Das Wort *adire*, wird sowohl in den Vaticanischen Fragmenten §. 161. und 165. h. t. als in den Pandecten *L.* 10. §. 4. *h. t. L.* 1. §. 7. 9. *et* 10. *D. Quando appellandum* für adire Praetorem gebraucht.

48) Dieses *captiosum silentium* erklärt uns Ulpian *L.* 1. *pr. D. de vacat. et excus. mun.* Si enim passim sine temporis praefinitione, prout cuique libuerit, permissum fuerit se excusare, non erunt, qui munera necessaria in rebus publicis obeant.

49) Vielleicht *infrigescat*. Dieses Wort findet sich bey Celsus und Vegetius. S. Gesneri Thes. L. L. Nirgends aber *interfrigesco*, selbst nicht im Kirchenlatein.

50) Dies bezieht sich vermuthlich auf die Zeiten, wo die Consuln extra ordinem Vormünder bestellen konnten. S. den 29. Th. §. 1317. S. 423. ff. und *de* Buchholtz Vatic. Fragm. ad h. §. pag. 130. sq.

der Vormund möge sie zu seinen Absichten haben benutzen können, oder nicht, denn eben dadurch unterscheiden sich von ihnen die dies utiles [51]). Jedoch sind diese Tage nur continui im Verfließen, im Anfange sind sie utiles. Denn sie werden erst von dem Moment an gerechnet, da der sich Excusirende erfahren hat, daß er zum Vormund berufen sey, also da ihm das Ernennungs- oder Confirmationsdecret von der competenten Behörde insinuirt worden, oder derselbe Wissenschaft davon erhalten hat, daß er im Testament zum Vormund bestellt sey. Justinian sagt ausdrücklich in seinen Institutionen §. 16. *h. t.*

Qui autem excusare se volunt, non appellant [52]), sed *intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt, se esse tutores vel curatores datos* [53]) excusare se debent: cuiuscumque generis

51) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 269. a. S. 554. ff.

52) Non appellant, sagt *Jan. a* Costa in Commentar. ad h. §. Inst. pag. 132. a datione, sed a sententia, qua excusatio non fuit admissa. S. noch besonders Gebauer cit. Excurs. pag. 336 — 341.

53) So lesen fast alle, glossirte und nicht glossirte, Ausgaben, die ich verglichen habe, auch die Beckische. In etwas abweichend liest Biener: ex quo cognoverunt, *se tutores datos*, und Bucher (Erlangen 1826.) ex quo *nominatos* se cognoverunt. Diese Lesart unsers Codex stimmt fast mit der in der Königsberger Handschrift überein, deren Dirksen in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft von Savigny ꝛc. 1. B. S. 359. gedenkt, ex quo *vocatos* se cognoverint. Cujacius hingegen, dem auch Hermann Vultejus, Franz Bröus, Emund Merillius, Carl Annib. Fabrotus, Janus a Costa, und Everh. Otto gefolgt sind, hat blos die Worte: ex quo cognoverunt, mit Hinweglassung der übrigen. Allein

sint, id est qualitercunque dati fuerint tutores, si *intra centesimum lapidem* sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt.

Hiermit stimmt nun auch Modestinus vollkommen überein, wenn er *L.* 13. §. 9. sagt:

Αἱ δὲ πεντήκοντα ἡμέραι συνημμέναι ψηφίζονται. ἀρχόμεναι ἀπὸ τοῦ καιροῦ τῆς γνώσεως ἐν ᾧ τις ἔγνω ἑαυτὸν δεδόσθαι.

Augustinus. *Quinquaginta vero dies continui numerantur ab eo tempore, quo se datum esse cognovit.*

Jedoch sind die Gesetze nicht so streng zu erklären, daß der Vormund nach Ablauf der gesetzlichen Frist nun schlechterdings mit seiner Excusation auszuschließen wäre. Nein, Krankheit, oder sonst ein unüberwindliches Hinderniß, weßhalb der Vormund weder selbst noch durch einen Stellvertreter [54]) binnen der gesetzten Zeit vor Gericht erscheinen konnte, ist allerdings zu berücksichtigen. Modestinus hält dieses nicht nur schon an sich für billig nach dem natürlichen Recht, sondern bestätigt dieses auch

daß diese Worte hinzugefügt werden müssen, lehrt die griechische Paraphrase des Theophilus. Da lautet die ganze Stelle in der Ausgabe von Reitz Tom. I. pag. 197. folgendermassen: ὁ δὲ χρώμενος τῇ ἐξκουσατιόνι εἴσω ν' ἡμερῶν ἐφεξῆς τρεχουσῶν οὐ μὴν οὐτιλίων, ταύτῃ χρῆται ἐξ οὗ γὰρ ἔγνω ἑαυτὸν ἐπίτροπον δεδόσθαι, ἄρχονται τρέχειν. i. e. *Porro excusatione utens intra quinquaginta dies continue currentes, non utiles, ea utitur:* ex quo enim novit, se tutorem esse datum, *currere incipiant.*

54) S. oben S. 79. f. und vergleiche noch *Arn.* Vinnii Commentar. ad §. 16. J. h. t.

noch durch eine Conſtitution der Kaiſer Severus und Antoninus. Er ſagt nämlich *L.* 13. §. 7. *h. t.*

Ἐὰν γὰρ τις διὰ νόσον, ἢ δι' ἄλλην ἀνάγκην, οἷον θαλάσσης, ἢ χειμῶνος ἢ ἐφόδου ληστῶν ἢ τινα ἑτέραν παραπλησίαν, ἐμπροθέσμως μὴ δύνηται ἐντυχεῖν, συγγνώμης τυγχάνειν· οὗ τὴν πίστιν ἥρκει συστῆσαι καὶ ἐξ αὐτοῦ τοῦ φύσει δικαίου· πλὴν ἀλλὰ καὶ διάταξίς ἐστιν τῶν αὐτοκρατόρων Σεβήρου καὶ Ἀντωνίνου ταῦτα λεγουσα.

Augustinus. *Sed si ob valetudinem adversam, vel aliam necessariam causam, maris puta, aut hiemis, aut impetus latronum, aut alicuius similis rei in tempore adesse non potest, veniam consequitur. Cuius rei fidem facere ex ipso naturali iure est satis: sed tamen haec eadem Imperatorum* Severi *et* Antonini *constitutione continentur.*

Mit Recht ſagt daher der unſterblich verdiente Haubold [55]): Neque vero tanta est legum, id spatium introducentium, severitas, ut, elapso tempore constituto, excludant eum, qui propter aegritudinem vel aliud impedimentum grave venire intra illud non poterat: *quare id non solum a die scientiae, sed etiam ab impedimento sublato cedere dicendum est.*

b) Die Excuſationsfriſt iſt von allen Vormündern zu beobachten, ohne Unterſchied, ſie ſeyen von welcher

55) Exercit. iuris civ. de temporis continui et utilis computatione. Cap. 5. (in eius *Opuscul. academ.* Vol. I. (*Lipsiae* 1825. 8.) pag. 423.)

Art sie wollen, testamentarische oder legitime, oder von der Obrigkeit bestellte, sie seyen Tutoren oder Curatoren. Denn alle Vormünder, auch die legitimen [56]), müssen sich ja entschuldigen, wenn sie sich der Bürde der Vormundschaft nicht unterziehen wollen, und den legitimen Vormündern kann so wenig, als den testamentarischen, ein ungebürlicher Verzug gestattet werden. Es erhellet dieses nicht nur aus dem §. 16. *I. h. t.* wo es ausdrücklich heißt: cuiuscumque generis sint, id est, qualitercunque dati fuerint tutores; sondern es wird dieses noch deutlicher in der griechischen Paraphrase des Theophilus bestimmt, wo besonders die Worte merkwürdig sind: *κεχρήσθοσαν τῇ ἐξκουσατιόνι, ἔιτε τεσταμεντάριοι, ἔιτε λεγίτιμοι, ἔιτε πάτρωνες, ἔιτε φιδουκιάριοι, ἔιτε ὑπὸ ἄρχοντος δεδομένοι, ἢ καὶ κουράτωρές εἰσιν ἰδικῶς δεδομένοι, ἢ ὑπὸ νόμων καλούμενοι*; id est, *Excusatione utantur* TUTORES *sive* TESTAMENTARII, *sive* LEGITIMI, *sive patroni, sive fiduciarii, sive* A MAGISTRATU DATI; *sive etiam* CURATORES *sint specialiter dati, sive* A LEGIBUS VOCATI. Diese Meinung wird ferner durch die Vaticanischen Fragmente bestärkt, in denen es §. 156 [57]) heißt:

Formam autem ex hac constitutione [58]) datam hodie in usu ita celebrari animadvertimus, ut ex eo die incipiant *quinquaginta dies* enumerari, *ex quo scierit se esse tutorem vel curatorem*: scilicet ex eo, ex quo in notitiam eius decretum per-

56) S. den 31. Th. §. 1354. a. S. 181. ff.

57) S. *de* Buchholtz Vatic. Fragmm. pag. 131.

58) Es ist dieß ohnstreitig die Verordnung von *Divus* Marcus, deren Modestinus *L.* 16. *D. h. t.* gedenkt.

latum sit testato: vel, *si testamento datus sit, ex quo id quoque scierit.*

Vorzüglich aber gehört noch hierher eine Stelle aus des Modestinus *libro IV. Excusationum*, es ist die *L.* 13. §. 3. *D. h. t.* welche folgendermaſſen lautet.

Παραφύλαξουσιν δὲ ταύτιν τὴν προθεσμίαν πάντες οἱ ὁπωσοῦν παραιτούμενοι ἐπιτροπὴν ἢ κουρατορίαν, ἢ μέρος γε ταύτης.

Augustinus. *Hoc autem tempus* omnes *observabunt, qui* quomodocumque *a tutela vel cura, vel ab eius parte se excusant.*

Iſt jedoch der Vormund durch Teſtament beſtellt, ſo iſt es nicht genug, daß er wiſſe, er ſey im Teſtament ernannt worden, der Erbe muß auch die Erbſchaft angetreten haben; es muß auch die Zeit erſchienen, und die Bedingung erfüllt ſeyn, unter welcher er zum Vormund beſtellt worden iſt, wenn die Excuſationszeit ihren Lauf beginnen ſoll [59]). Iſt eine obrigkeitliche Beſtätigung des Vormundes nöthig, ſo iſt erſt von dem Tage an, da dieſe erfolgt iſt, die Excuſationsfriſt zu berechnen [60]). Eigentlich muß das Ernennungs- oder Confirmationsdecret von der Obrigkeit dem Vormunde inſinuirt werden [61]), es iſt aber deswegen eine Notification nicht immer nöthig, ſon-

59) *L.* 45. §. 1. *D. h. t.*

60) *L.* 16. *D. h. t.* S. Donellus c. lib. III. cap. 9. §. 56.

61) *L.* 6. *C. h. t.* Imp. Alexander. Quinquaginta dies, qui praefiniti sunt ad professionem excusationis his, qui tutores seu curatores dati sunt, *ex eo die* cedere, *ex quo decretum Praetoris aut testamentum parentis notum factum fuerit ei, qui ad munus vocatus fuerit*, ipsa constitutio, quae hoc induxit, sanxit.

dern es ist genug, wenn der Vormund die Wissenschaft, daß er ernannt sey, auf irgend eine zuverläßige Art erhalten hat [62]). Aus allem geht nun klar hervor, daß sich Gebauer [63]) sehr geirrt hat, wenn er behauptet, die Excusationsfrist sey blos den Dativ-Vormündern, und weder den legitimen, noch den testamentarischen Vormündern vorgeschrieben, als etwa denjenigen, welche einer obrigkeitlichen Bestätigung bedürften. Eine Meinung, welche schon Haubold [64]) hinlänglich widerlegt hat.

c). Wenn Justinian sagt: si *intra centesimum lapidem* sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt; so ist bekannt, daß unter lapis eine römische Meile verstanden werde. Hiermit hatte es folgende Bewandniß. C. Sempronius Gracchus hatte sich, wie uns Plutarch [65]) erzählt, als er im Jahre 630. der St. R. Tribunus plebis war, besonders dadurch verdient gemacht, daß er nicht nur durch Anlegung von Chausseen die Wege verbesserte, sondern sie auch durch ihre gerade Richtung und hinlängliche Breite, so wie durch Errichtung steinerner Säulen, welche die Meilen anzeigten, verschönerte, wodurch also sowohl für die Bequemlichkeit, als für das Vergnügen der Reisenden gesorgt war [66]). Tausend Schritt

62) *L.* 5. §. 10. *D. de administr. tutor. et curator.* S. de Buchholtz Vatican. Fragmm. ad §. 166. h. t. pag. 131.

63) Excurs. cit. §. IV. pag. 342. sqq.

64) Exercitat. cit. Vol. I. *Opuscul.* pag. 422. sq. Man vergl. auch *Car. Frid.* Walch ad *Hoppii* Comm. ad §. 16. J. h. t. not. c. pag. 228. sq.

65) *In Grachis* Cap. IX. Man sehe auch *Ev.* Otto de tutela viarum publicar. P. II. Cap. 4. pag. 354. sqq.

66) Die Beschaffenheit dieser Wege beschreibt ausführlich *Nicol.*

machten eine römische Meile aus [67]), und diese wurde durch eine steinerne Säule angezeigt, worauf zugleich die Zahl derselben, oft auch der Name des Kaisers verzeichnet war, der diese Wege hatte anlegen, oder verbessern lassen [68]). Ein solcher Meilenzeiger hieß lapis, z. B. primus, secundus, tertius, quartus ab urbe lapis [69]); so nannte man aber auch einen Raum von tausend Schritten [70]),

Bergierius de publicis et militaribus Imperii Romani viis. (in Grævii *Thes. Antiquit. Rom.* Tom. X.)

67) Macer *L.* 154. *D. de Verb. Signif.* und Isidorus *Origin.* Lib. XV. cap. 16.

68) Quinctilianus *Institut. orator.* Lib. IV. Cap. ult. p. 365. edit. *Burmann.* Den Beweiß geben die Inscriptionen bey Gruterus Corp. Inscription. pag. 149. Nr. 4. p. 151. Nr. 2. et 5. p. 153. et 154. Nr. 1. 3. 4. p. 155. 156— 159. bey Reinesius pag. 250. 252. 254. 292. 294. bey Fabrettus pag. 412. 413. 414. 475. 678. Besonders bey Muratori Antiquitat. Italiae pag. 454 — 467.

69) Juvenalis *Sat. VI.* v. 577. Tacitus *Hist. Lib. III.* c. 35. *IV.* 60. Martialis. Lib. I. Epigr. 13. v. 4. X. 79. v. 1. et 2.

70) Strabo *Rer. Geographic.* Lib. V. pag. 159. (edit. *Isa.* Casauboni *Genevae* 1587. f.) ex vers. *Guil.* Xylandri. *Sane inter quintum et sextum a Roma* lapidem, (*sic enim* milliaria *designantur*) *locus erat.* etc. S. *Guil.* Panciroli Thesaur. variar. Lection. Lib. I. Cap. 43. pag. 72. (*Lugduni* 1617. 4.) *Jo.* Strauch Diss. de centum lapidibus urbicariis ad L. 1. §. 4. D. de officio Praefecti urbi. (inter ejus *Dissertation. academ. recognit. et emendat. Brunsuigae* 1662. 4. Diss. II.) *Barn.* Brissonius Antiquitat. ex iure civ. selectar. Lib. IV. cap. 8. pag. 141. sq. (edit. *Treckell. Lipsiae* 1741. 4.) *Otton.* Arntzenii Diss. de milliario aureo ad L. 154. D. de V. 5. *Traj. ad Rhen.* 1728. Sect. I.

daher *lapis* und *milliarium* in den Gesetzen für gleichbedeutend genommen werden. So belehrt uns Ulpian, wenn er in der *L.* 1. §. 4. *D. de officio Praefecti urbi* (I. 12.) sagt: Quidquid igitur intra urbem admittitur, ad Praefectum urbi videtur pertinere, sed et si quid *intra centesimum millarium* admissum sit, ad Praefectum urbi pertinet: si *ultra ipsum lapidem*, egressum est Praefectum urbi notionem. So sagt ferner Marcianus *L.* 21. §. 3. *D. h. t.* ne *ultra centesimam lapidem* tutelam gerat, welches Paulus *L.* 42. *D. eodem.* durch ultra centesimum *milliarium* ausdrückt. Der Ausdruck *intra centesimum lapidem*, oder *milliarium* bezeichnet also einen Umkreis von 100 römischen Meilen. Es sind aber diese Römische Meilen von den heutigen deutschen Meilen sehr verschieden, indem vier Römische Meilen kaum eine deutsche Meile ausmachen; mithin 100 Römische Meilen kaum 25 deutsche Meilen betragen [71]).

2) Ist der Vormund über 100 Römische Meilen weit von dem Orte seiner Berufung entfernt, so sollen 20 Meilen auf jede Tagereise gerechnet, und demselben

(in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. pag. 98 — 104.) Gebauer cit. Excurs. VI. §. IV. pag. 348 — 359. und *Car. Frid.* Walch ad *Hoppii* Commentat. ad Inst. h. t. ad. §. 16.

71) S. Joh. Ge. Estors Berechnung derjenigen Zeitfrist von 50 Tagen, binnen welcher ein Vormund nach Vorschrift des §. 16. *J. de excusat. tutor.* und *L.* 13. §. 1. und 2. II. *eodem* seine Entschuldigungen gerichtlich vortragen soll. (in Desselben 3. Th. der Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, herausgegeben von Burchardi. Frankf. a. M. 1756. 4. S. 125 — 127.)

nachher noch dreyßig Tage nach ſeiner Ankunft gegeben werden, um ſeine Excuſation vorbringen zu können, jedoch ſo, daß in keinem Falle weniger denn 50 Tage heraus kommen. Modeſtinus ſagt in der angeführten *L.* 13. §. 1. *D. h. t.*

Ὁ δὲ ὑπὲρ ἑκατὸν μίλια τῆς πόλεως ἀποδημῶν, εἴκοσι μίλια ἕξει ἀριθμούμενα αὐτῷ καθ ἑκάστην ἡμέραν, ἀφ' ἧς ἂν γνῶδεῖ δὲ αὐτῷ μηνυθῆναι ὑπὸ τῶν ἀρχόντων, ἢ κατὰ πρόσωπον, ἢ ἐπὶ τῆς οἰκίας, καὶ ἔξωθεν τούτων ἄλλας τριάκοντα ἡμέρας ἔχει πρὸς δικαιολογίαν. Τοῦτο δὲ διαφέρει καὶ τοῖς κατὰ διαθήκας δοθεῖσιν, ἐὰν τε ἐπίτροποι ὦσιν, ἐάν τε κουράτορες, οὓς κουράτορας βεβαιοῦσθαι ἔθος ὑπὸ τοῦ ἡγουμένου.

Qui vero ultra centum milliaria ab urbe abest, vicenis milliariis in singulos dies enumeratis, ex quo se creatum cognoverit, namque oportet certiorem a magistratibus fieri, aut coram, aut domi suae, alios deinde triginta dies ad allegandam excusationem habet. Et hoc ad eos quoque pertinet, qui testamento dati sunt, sive tutores sint, sive curatores, quos curatores a Praeside confirmari consuetum est.

So wie hier die Zeitfriſt in der Conſtitution des Divus Marcus beſtimmt worden iſt, hätte nun leicht die unbillige Ungleichheit entſtehen können, daß derjenige, welcher über hundert Meilen von dem Orte ſeiner Berufung entfernt iſt, weniger Tage zu ſeiner Entſchuldigung hätte, als der gegenwärtig iſt, oder wenigſtens noch in einem Umkreiſe von 100 Meilen berufen wird. Denn man ſetze, der berufene Vormund ſey 160 Meilen von dem beſtimmten Orte entfernt; hier müſſen ihm, wenn man

zwanzig Meilen auf eine Tagereise rechnet, zur Reise acht Tage Zeit gegeben werden. Wenn ihm nun nach seiner Ankunft nur noch 30 Tage zu seiner Entschuldigung offen bleiben, so hat er ja bey weitem noch nicht 50 Tage. Er ist also weit schlimmer daran, als derjenige, welcher gegenwärtig, oder noch nicht 100 Meilen weit entfernt ist. Denn er hat ja weit weniger Tage. Nach den Worten der Constitution des Kaisers Marcus wäre es nun freylich so; allein die Absicht des Gesetzgebers konnte dieß gewiß nicht seyn. Dieser gemäß haben daher Cervidius Scävola, Paulus, und Domitius Ulpianus, diese Koryphäen der Römischen Juristen, die Constitution so verstanden, daß ein Vormund zur Excusation nie weniger als 50 Tage habe, zufällig aber auch zuweilen mehrere; wie dieses alles aus folgender Stelle des Modestinus zu ersehen ist.

Ἕτερον δὲ ἐκεῖνο εὑρίσκομεν ἐκ τῆς Μάρκου νομοθεσίας, ζητήσεως ἄξιον· τῷ γὰρ ἐν αὐτῇ τῇ πόλει ὄντι, ἐν ᾗ κεχειροτόνηται, ἢ ἐντὸς ἑκατὸν μιλίων, πεντήκοντα ἡμερῶν ἔδωκεν ὁ νομοθέτης προθεσμίαν. τῷ δὲ ὑπὲρ ἑκατὸν μίλια διατρίβοντι παθ' ἑκάστην ἡμέραν δεῖν ἀριθμεῖσθαι εἴκοσι μίλια ἐκέλευσεν, καὶ ἔξωθεν τούτων ἄλλας τριάκοντα ἡμέρας προσέθηκεν εἰς δικαιολογίαν. ὅθεν συμβαίνει, ἐὰν ᾖ τις ἀπὸ ἑκατὸν ἑξήκοντα μιλίων τὰς διατριβὰς ποιούμενος, τούτῳ εἶναι προθεσμίαν ὄκτω καὶ τριάκοντα ἡμερῶν· ὄκτω μὲν τῶν ἑκατὸν ἑξήκοντα μιλίων, ὡς καθ' ἑκάστην ἡμέραν εἴκοσι μιλίων ἀριθμουμένων, τριάκοντα δὲ τὰς πρὸς τὴν δικαιολογίαν. Ἔσται οὖν ἐν χείρονι τάξει ὁ πόρρωθεν διατρίβων τοῦ ἐντὸς ἑκατὸν μιλίων ὄντος, ἢ ἐν αὐτῇ πόλει· εἴγε τούτοις μὲν ἀεὶ πεντήκοντα ἡμέραι προθεσμίας εἰσὶν, ἐκείνοις δὲ ἐλάττους. Ἀλλ' εἰ καὶ μάλιστα τὸ ῥητὸν τοῦ νόμου

ταύτην ἀποτελεῖ τὴν διάνοιαν. ὅμως γνώμη τοῦ νομοθέτου ἄλλο βούλεται. οὕτως γὰρ καὶ Κερβίδιος Σκαιβόλας, καὶ Παῦλος καὶ Δομίτιος Οὐλπιανὸς, οἱ κορυφαῖοι τῶν νομικῶν, γράφουσιν φάσκοντες, οὕτως δεῖν ταῦτα παραφυλάττειν. ὡς μηδέποτέ τινι ἐλάττῳ δίδοσθαι τῶν πεντήκοντα ἡμερῶν προθεσμίαν. τότε δὲ μακροτέραν, ὁπόταν ἡ διαρίθμησις τῶν ἐπὶ τῇ ὁδῷ ἡμερῶν προστιθεμένη ταῖς τριάκοντα ἡμέραις, ἃς πρὸς δικαιολογίαν ὁ νόμος δίδωσιν, ὑπερβαίνει τὰς πεντήκοντα ἡμέρας· οἷον ἐάν τινα φῶμεν ἀπὸ τετρακοσίων τεσσαράκοντα μιλίων διατρίβειν· οὗτος γὰρ τῆς μὲν ὁδοῦ ἔξει ἡμέρας εἴκοσι δύο, πρὸς δικαιολογίαν δὲ ἄλλας τριάκοντα.

Augustinus. *Illud vero invenimus ex* Marci *legislatione quaestione dignum. Nam cum ei, qui in ipsa urbe est, in qua creatur, aut intra centum millia, legislator tempus quinquaginta dierum dederit, ei vero, qui ultra centum millia habitat, vicena millia in singulos dies numerari iussit, et amplius alios triginta dies ad se excusandum praebuit: evenit hinc, ut si quis ad centesimum et sexagesimum milliare habitat, tempus habeat octo et triginta dierum. Octo enim dies ob centum et sexaginta millia competunt, numeratis in singulos dies millibus viginti, triginta deinde dies ad se excusandum dantur. Itaque peiori conditione est, qui longius habitat, eo, qui intra centum millia est, aut in ipsa urbe: siquidem his quinquaginta semper dierum tempus est, illis pauciorum.*

Sed et si maxime scriptum legis eam senten-

tiam efficiat, tamen legislatoris mens aliud vult. Quando et Cervidius Scaevola, *et* Paulus, *et* Domitius Ulpianus, *Iurisperitorum principes, scribunt, haec ita oportere observari, ut nullo pacto alicui minus detur temporis quinquaginta dierum: tum vero longior dies, cum numerus dierum itineris additus ad triginta dies, quos ad excusandum lex dedit, excedit quinquaginta dies. Ut si fingamus, aliquem ultra quadringenta et quadraginta milliaria habitare: hic enim habet duos et viginti itineris dies, excusationis triginta.*

Theophilus in seiner Paraphrase des §. 16. *I. h. t.* [72]) führt zur Erläuteruug noch folgende Beyspiele an. Der Vormund war 200 Meilen entfernt, als er erfuhr, daß er berufen sey. Hier hat er zehen Tage zur Reise, nach seiner Ankunft noch 40. Er war 300 Meilen entfernt; hier hat er zur Reise funfzehen, und nach der Ankunft fünf und dreyßig Tage. Ist er 400 Meilen entfernt, so hat er zur Reise zwanzig Tage, denn zwanzig Mal zwanzig ist 400, also nach seiner Rückkehr dreyßig Tage. In diesen Fällen hat nun der Vormund gerade seine gesetzmäßigen funfzig Tage. Allein er kann zufällig auch zuweilen mehr als funfzig Tage haben. Davon giebt Theophilus noch zwey Beyspiele. Der Vormund ist 500 Meilen entfernt, hier werden fünf und zwanzig Tage auf die Reise gerechnet, und dreyßig nach seiner Ankunft, er hat also hier fünf und funfzig Tage. War er 1000 Meilen entfernt, so hat er funfzig Tage zur Reise, und noch volle 30 nach seiner Ankunft, also zusammen 80 Tage. Ueberall setzt jedoch Theophilus voraus, daß der Beru-

72) Edit. *Reitz.* pag. 198. sq.

ſene in ſeinem Wohnorte zum Vormund beſtellt worden ſey. Ich habe hier noch Folgendes zu bemerken.

1) Soviel den Anfang der Berechnung dieſer Zeitfriſt anbetrifft, ſo behaupten viele, beſonders von den ältern Juriſten [73]), daß der Tag, da der Abweſende erfahren hat, daß er zum Vormund beſtellt worden ſey, nicht gerechnet werde, ſondern die geſetzliche Friſt erſt mit dem folgenden Tage zu laufen anfange. Allein dieſe Meinung iſt erheblichen Zweifeln unterworfen. Sie ſtreitet a) gegen die angeführten ausdrücklichen Geſetze [74]). b) Diejenigen, welche für ſie aus den Pandecten angeführt werden, ſcheinen nicht das zu beweiſen, was ſie beweiſen ſollen. Gajus *libro I. ad Edictum provinciale* [75]) ſpricht von der cautio de iudicio sistendo, und ſagt, wenn der Beklagte abweſend iſt, ſo ſollen auf jeden Tag ſeiner Reiſe 20000 Schritt, d. h. zwanzig Meilen gerechnet werden, jedoch mit Abrechnung des Tages, da die cautio iudicio sisti geleiſtet worden, und der Beklagte ſich vor Gericht ſtellen ſoll, welches aber ſeinen Grund in der Natur der stipulatio de iudicio sistendo hatte, wo-

73) *Jo.* Gerddaeus in Commentar. repet. praelect. in Tit. 16. Libri L. Pand. de Verb. Signific. (*Sigenae Nassovior.* 1697. 8.) ad L. 3. D. h. t. und *Jul. a* Bryma Commentar. in Tit. eundem. (*Leovardiae* 1649. 8.) ad eand. L. 3. pag. 11.

74) *L.* 13. §. 9. *D. h. t.* §. 16. *J. eodem.*

75) *L.* 1. *D. Si quis cautionib. in iudicio sistendi causa fact.* (II. 11.) Vicena millia passuum in singulos dies dinumerari Praetor iubet, praeter eum diem, quo cautum promittitur, et in quem sistere in iudicium oportet: nam sane talis itineris dinumeratio neutri litigatorum onerosa est.

durch zugleich der Tag der Erscheinung vor Gericht von den Partheyen bestimmt wurde[76]). Und Ulpian *libro L. ad Sabinum*[77]) beweist noch weniger. Plane si ipsa die kalendarum quis stipulationem interponat, quid sequemur? fragt er; Et puto actum videri de sequentibus kalendis. Also wenn Jemand am 1sten eines Monats verspricht, daß er am 1sten bezahlen wolle, so hat er den 1sten des nächstfolgenden Monats gemeint; ganz natürlich. Denn hätte er den ersten gemeint, da er die Zahlung versprach, so hätte er ja heute gesagt[78]). Dieß gehört nun vollends gar nicht hierher. c) Daß aber die Excusationsfrist gleich vom Tage der Insinuation oder Bekanntwerdung, so wie überhaupt gesetzliche Fristen von da an ihren Lauf beginnen, und nicht erst von dem folgenden Tage an zu rechnen sey, bringt auch schon die bürgerliche Zeitberechnung mit sich, welche von einem Calendertage zu dem andern, und nicht a momento in momentum rechnet, sondern den Tag, so wie er angefangen hat, schon als vollendet annimmt[79]). Daher wird auch die Appellationsfrist gleich von dem Tage der Publi-

76) *L.* 8. *pr. D. Qui satisdare cogant.* (II. 8.) De die ponenda in stipulatione solet inter litigatores convenire: si non conveniat, Pedius putat, in potestate stipulatoris esse, moderato spatio de hoc a iudice statuendo.

77) *L.* 41. *pr. D. de Verb. obligat.*

78) S. *Hub.* Giphanii Comment. ad Tit. 1. Lib. XLV. Dig. de Verb. Oblig. ad cit. L. 41. nr. 4. in *Lectur. Altorphin.* p. 845.

79) *L.* 134. *D. de Verbor. Signific.*

cation der Sentenz an gerechnet, und was von Sentenzen gilt, sagt Ulpian *libro I. de appellationibus* [80]), soll auch in andern Fällen beobachtet werden. Die heutige Praxis pflegt indessen aus Billigkeit die Frist nicht gleich vom Tage des Insinuationsdecrets, sondern erst von dem folgenden Kalendertage an zurechnen [81]), sie verschafft also der Parthey einen ganzen Tag mehr, als die Römische Zeitrechnung erlaubt.

2) Sind an dem letzten Tage der Reise keine zwanzig Meilen mehr zurückzulegen übrig, so wird doch dieser ganze Tag dem Vormund zu gute gerechnet, und wenn er auch an diesem Tage nur noch eine Meile zurückzulegen gehabt hätte. Die Tage, welche ihm nach seiner Ankunft gegeben sind, fangen also erst am folgenden Tage zu lau-

80) *L.* 1. §. 5. *et* 6. *D. Quando appellandum.* (*XLIX.* 4.) Biduum vel triduum appellationis *ex die sententiae latae* computandum erit. Quid ergo, si sententia fuerit sub conditione dicta? utrum ex die sententiae tempus computamus ad appellandum, an vero ex die, quo conditio sententiae existit? — Et est utile, statim tempora ad appellandum computari debere. — Quod in sententiis praeceptum est, ut vel altera die, vel tertia provocetur, hoc etiam in ceteris observandum, ex quibus sententia quidem non profertur, appellari tamen oportere et posse, supra relatum est. S. Albr. Schweppe juriſt. Magazin. 1. B. 1. Heft. Nr. IX. S. 119. f.

81) S. Voet Comm. ad Pand. Tom. I. Lib. II. Tit. 12. §. 14. *Ant.* Matthaei de Auctionibus. Lib. I. Cap. 8. nr. 12. pag. 56. und den 3. Th. dieses Commentars §. 267. S. 548.

sen an [82]). Dieß lehrt uns Ulpian *libro II. ad Edictum* [83]), wo er sagt:

Itinere faciendo *viginti millia passuum in dies singulos peragenda*, sic sunt accipienda, ut, si post hanc dinumerationem minus quam viginti millia supersint, *integrum diem occupent*: veluti viginti unum millia sunt passus, biduum iis attribuetur: quae dinumeratio ita demum facienda erit, si de die non conveniat.

Gentilis [84]) erklärt diese Entscheidung ebenfalls aus der bürgerlichen Zeitrechnung der Römer, welche den Tag nicht nach Stunden und Minuten berechneten, sondern diem coeptum pro completo hielten [85]).

Der Grundsatz, daß bey Abwesenden, denen die Gesetze eine gewisse Frist vorgeschrieben haben, auf jede Tagereise zwanzig Meilen gerechnet werden, gilt im Röm. Recht allgemein, und findet in allen Fällen Statt, auch wo die Rückkehr ohne Verzug erfolgen muß [86]). Z. B. bey denen,

82) S. *Ant.* Augustinus ad Modestinum de Excusationibus, ad L. 13. §. 2. h. t. (in *Thes. Otton.* Tom. IV. p. 1596.)

83) *L.* 3. *pr. D. de Verbor. Signific.* Man vergleiche über diese Gesetzstelle *Jac.* Cujacii Commentar. ad Tit. de Verbor. Signif. ad h. L. *Jo.* Gorddaei Commentar. ad eund. Tit. et L. pag. 78. sqq. *Alb.* Gentilis Commentar. in Tit. Dig. de Verb. Signif. ad h. L. (*Hanoviae* 1614. 4.) pag. 8. sqq. und *Jul. a* Brema Comm. in eund. Tit. et L. pag. 8 — 11.

84) Comm. cit. ad L 3. cit. pag. 9.

85) *L.* 134. *D. de Verb. Signif.*

86) S. Gorddarus in Comment. cit. ad L. 3. de Verb. Signif. Axiom. I. pag. 80. sq.

welche Reipublicae causa abwesend sind [87]), ferner bey gerichtlichen Terminen [88]), bey dem Gesuche der Bonorum possessio [89]), und in andern Fällen, welche Cujaz [90]) angeführt hat. In Gratians Decrete [91]) wird dieser Grundsatz auch sogar auf die Appellationsfristen angewendet. Da heißt es:

Quod si longius iter sit, exceptis his quinque diebus, (intra quos appellandum) spatium dierum, quo iter agi possit, computetur: *habita dinumeratione XX. millium diurnorum per singulos dies.*

Allein die Aechtheit dieser Texte des Gratianischen Decrets ist nicht ohne Grund sowohl von den Römischen Correctoren in ihrer Anmerkung zu denselben, als von den neuern Rechtsgelehrten [92]) bestritten worden. Die Worte selbst scheinen übrigens aus den Institutionen genommen zu seyn, in denen es §. 16. *h. t.* heißt:

Si vero ultra centesimum habitant, *dinumeratione facta viginti millium diurnorum* et *amplius dierum.*

87) *L.* 38. §. 1. *D. Ex quib. caus. maior.*

88) *L.* 1. *D. Si quis cautionib. in iudicio sist. causa fact.*

89) *L.* 2. §. 3. *D. Quis ordo in bonor. possess.* (*XXXVIII.* 15.)

90) Cit. Comment. ad L. 3. D. de V. S.

91) *Can.* 22. *et* 23. *Caus. II. Qu.* 6.

92) S. *Car. Sebast.* Berardi Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti etc. P. III. Cap. 24. pag. 375. (edit. *Venet.* 1777. 4.) und *Jod. Le* Plat Diss. de spuriis in Gratiano canonibus. Cap. VII. §. 2. (in *Andr.* Gallandii *Syllog. Dissertation. de vetustis canonum collectionibus.* Tom. II. (*Magontiaci* 1790. 4.) pag. 924.

Diurnorum soll hier soviel seyn, als in unumquemque diem, κατ' ἑκάστης ἡμέρας, wie es Theophilus in seiner Paraphrase gegeben hat, so daß also gar nicht nöthig ist, mit Gebauer [93]) nach diurnorum das Wort *passuum* zu ergänzen.

4) Die Meilenberechnung für jeden Tag der Reise bleibt die nämliche, die Reise mag zu Wasser, oder zu Lande, zu Fuße, oder zu Pferde, oder zu Wagen geschehen. Denn die Gesetze machen keinen Unterschied [94]). Der berufene Reisende soll nur den geraden Weg einschlagen, und keine Umwege machen [95]), welches jedoch nicht soviel heißt, als ob er immer den kürzesten Weg nehmen müsse; er kann auch einen Umweg machen, wenn dieser sicherer und gangbarer ist, oder ein Nothfall, z. B. Ueberschwemmung, diesen Umweg gebietet; also nur nicht ohne Noth [96]). Ob die gedachte Meilenberechnung auch noch dann zur Anwendung komme, wenn die Reise über die See geht, haben die Gesetze unentschieden gelassen. Da jedoch eine solche Reise vom Wind und Wetter abhängt; so läßt sich hier nicht füglich bestimmen, wie viel Meilen jeden Tag zu Schiffe zurückgelegt werden können. Hier muß also wohl richterliches Ermessen entscheiden [97]). Uebrigens war die römische Meilenberechnung so allgemein, daß sie nach dem Bericht des Vegetius [98]) auch sogar

93) Excurs. cit. ad c. 16. I. h. t. pag. 356.

94) S. besonders Gebauer Excurs. VI. cit. pag. 358.

95) *L.* 10. §. 3. *D. h. t.*

96) S. Gothofredus cit. Comm. ad L. 3. D. de Verbor. Signif. nr. 14. pag. 83. sqq.

97) *L.* 1. *Ci de dilation.* (III. 11.) Gothofredus c. l. nr. 12.

98) *De re militari* Lib. I. cap. 9. et cap. 27. Hiermit stimmt auch Spartianus *in vita Adriani Caes. cap.* 9. überein.

bey den Märschen der Soldaten angenommen war, nur daß man bey Eilmärschen 24 Meilen auf einen Tag rechnete.

II. Zur Ausführung und Beweis des Entschuldigungsgrundes sind, mit Inbegriff jener 50 Tage, vier Monate festgesetzt. Paulus sagt *libro II. Sententiarum* [99]:

Quinquaginta dierum spatium tantummodo ad contestandas excusationum causas pertinet: *peragendo enim negotio ex die nominationis continui* QUATUOR MENSES *constituti sunt.*

Es entsteht nun hier die Frage, wenn diese Frist von vier Monaten zu laufen anfange? Gebauer [100] meint, von dem Tage an, da der Vormund seine Entschuldigungsgründe angeführt hat. Allein dagegen hat schon der unsterblich verdiente Haubold [1], dessen großer Name immer heilige Ehrfurcht in mir erweckt, sehr gründlich erinnert, daß der Ausdruck nominatio immer nur die Bestellung des Vormundes bezeichne, besonders wenn sie von der Obrigkeit geschieht [2]; niemals aber von der Anführung der Entschuldigungsgründe gebraucht werde. Dieß heißt immer in den Gesetzen *allegatio causae* [3]:

99) *L.* 38. *D. h. t.*

100) Cit. Excurs. VI. ad cap. 16. Instit. h. . §. 1. pag. 336.

1) Exercit. iuris civ. de temporis continui et utilis computatione. Cap. V. (in *Opusc. academ.* a Wenckio edit. Vol. I. pag. 424.)

2) *L.* 14. *Cod. h. t. L.* 1. *C. de magistrat. conveniend.* (V. 75.)

3) Vid. tot. Tit. Cod. *Si tut. vel curat. falsis allegationibus excusatus sit.* (V. 63.)

allegare [4]), *proferre excusationes* [5]). Hätte Paulus die viermonatliche Frist von dem Tage an gerechnet wissen wollen, da der Vormund seinen Entschuldigungsgrund vor Gericht angeführt hat, so würde er ja wohl gesagt haben: ABII *continui quatuor menses.* Da in dieser viermonatlichen Frist jene Zeit von 50 Tagen mit begriffen ist, so kann wohl diese Frist nicht eher zu laufen anfangen, als von der Zeit an, da auch jene 50 Tage zur Anführung der Excusation, ihren Lauf beginnen [6]). Mit Recht erklärt daher der große Haubold die Worte des Paulus *ex die nominationis* so: ex die compertae nominationis, so wie sie auch schon der große Anton Faber [7]) erklärte. Ne alioqui facile possit contingere, ein sehr treffender Grund, ut prius finitum, quam coeptum esset tempus excusationis, quod certe perabsurdum esset. So fühlte ebenfalls die Glosse diese Schwierigkeit, welche sich den Einwurf macht: Sed si isti (*quatuor menses*) continue currunt *ex die nominationis*, et ponas, eum scire post quatuor menses se tutorem: ergo prius praescribitur cognitioni, quam propositioni! Sie beseitiget ihn aber ebenfalls so: sed subintellige hic *nominationis*

4) *L.* 1. §. 1. *D. de admin. et peric. tut. et curat. L.* 31. *pr. D. h. t.*

5) *L.* 39. *D. h. t.*

6) S. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2 Band IV. Buch §. 418. S. 121. der 3. Aufl.

7) Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. 7. *de tempore dato ad peragendam negotiam propositae excusationis.* pag. 1139. sq. Man vergleiche auch *Hug.* Donelli Commentar. iuris civ. Lib. III. cap. 9. §. 58. (Vol. II. pag. 137. edit. noviss. *Norimberg.*)

et cognitionis. In der That beruhet diese Erklärung auf eben dem Grunde der Billigkeit, den auch Tryphoninus vor Augen hatte, wenn er in der folgenden aus desselben *libro XIII. Disputationum* genommenen *L.* 39. *h. t.* sagt:

Si quum ipse instituerat, ut proferret excusationem, mora contradictionis impeditus est, quominus decreto liberaretur, excusationem recte probari

Das heißt, der Vormund muß mit dem Beweise seiner Excusation auch noch nach Ablauf der viermonatlichen Frist zugelassen werden, wenn er ohne sein Verschulden gehindert wurde, denselben binnen der gesetzlichen Frist beyzubringen, denn nach den Worten: ut proferret excusationem müssen nach dem ganzen Zusammenhange die Worte ergänzt werden: *ac probaret intra quatuor menses.*

So wenig die römische Meilen-Berechnung auf unsere deutsche Meilen paßt, indem schon Mynsinger [8]) bemerkt hat, daß fünf italiänische Meilen erst für eine deutsche Meile zu rechnen seyen, und also nach dieser Analogie nur fünf deutsche Meilen auf eine Tagereise gerechnet werden könnten; eben so wenig werden die römischen Fristen heut zu Tage mehr beobachtet, sondern die Gerichte bestimmen die Fristen nach ihrem Ermessen [9]), insofern

8) Consil. LIV. nr. 8.

9) S. Gailius Observation. Lib. I. Obs. 53. nr. 20. *Sam.* Stryk Us. mod. Pand. Tom. II. h. t. §. 9. *Gottl. Gerh.* Titius Observation. in compendium iur. Lauterbach. h. t. Obs. 822. *Jo.* Schilter Prax. Jur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 162. Lauterbach Colleg. theor. pract.

sie nicht schon durch die Provinzialrechte, oder besondern Proceßordnungen eines Landes sind festgesetzt worden [10]).

§. 1357. b.

Rechtliches Verfahren bey der Geltendmachung der Excusation.

Wenn also der berufene Vormund glaubt sich entschuldigen zu können; so muß er seine Excusation binnen der bestimmten Zeit bey dem competenten Gericht vorbringen. Dieß ist dasjenige Gericht, dem die Vormundschaftsbestellung zukommt [11]). Das Anbringen kann h. z. T. mündlich und schriftlich, in Person oder durch einen Procurator geschehen [12]). Hat der Berufene mehrere Entschuldigungs-

Pand. P. II. h. t. §. 17. *Joach.* Hopp. Commentat. succ. ad Institut. Justinian. h. t. *Us. hod.* pag. 229. (edit. Walch.) *Jo. Gottl.* Heineccius Elem. iuris Germanici. Tom. I. §. 588. und von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. 1. Th. 7. Kap. §. XX. n. 2 — 7. S. 476. (München 1791. 8.)

10) Man findet diese besondern Stadt- und Landrechte alle sorgfältig angeführt in *Chr. Jac. de* Zwierlein Diss. de excusationib. tutor. et curator. §. XVII. Sie kommen alle darin überein, daß die darin bestimmte Frist peremtorisch ist, und erst von der Zeit an gerechnet wird, da dem Berufenen die Bestellung zum Vormunde bekannt geworden ist. Meist ist jedoch zur Excusation eine Frist von vierzehen Tagen bestimmt. Man vergl. z. B. das allg. bürgerl. Gesetzbuch für Oesterreich 1. Th. 4. Hauptst. §. 201. Bayer. Landrecht 1. Th. 7. Kap. §. 20. und die erneuerte Reformation der Stadt Frankfurt vom J. 1578. f. 7. Th. 3. Tit. §. 12.

11) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 18. de Zwierlein. Diss. cit. §. XVII.

12) Lauterbach c. l. §. 19. *Henr.* Hannii Observata th. pract. ad *Wesenbecium* h. t. in fin. pag. 436. sq. Stryk

gründe, so braucht er sie zwar nicht alle zugleich und auf einmal anzuführen, sondern er kann damit wechseln, es muß nur binnen der gesetzten Frist geschehen [13]). Denn welche er binnen der gesetzten Zeit nicht angeführt hat, finden nachher, als verspätet, kein rechtliches Gehör mehr [14]). Ueber das Vorbringen der Excusation sind auch diejenigen zu vernehmen, welche dabey interessirt sind, nämlich der den Vormund in Vorschlag gebracht hat, die Verwandten des Pupillen, oder auch der Curand selbst, um ihre Einwendungen gegen die angegebene Excusation vorzubringen [15]). Die angeführte Excusation muß demnächst, wenn sie nicht schon sonst notorisch ist, bewiesen, und dann darüber, so wie über die Excusation selbst und die dagegen vorgebrachten Einwendungen erkannt werden. Ist die Excusation verworfen worden, so kann gegen das richterliche Decret appellirt werden [16]). Während des Verfahrens

Us. mod. Pand. h. t. §. 10. von Kreittmayr angef. Anmerkungen 1. Th. S. 477. de Zwierlein c. l. und von Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts. 2. B. IV. Buch §. 418. a. E.

13) § 16. *I. h. t. L.* 21. §. 1. *D. eod.*

14) *L* 13. §. 4. *et* 8. *D. h. t.* S. *Ger. Noodt* Comm. ad Dig. h. t. §. Tantum. pag. 570.

15) Lauterbach c. l. §. 18. Thibaut System des Pand. Rechts. 1. B. §. 514. von Wening-Ingenheim a. a. O. Anderer Meinung ist jedoch von Kreittmayr in den Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. 1. Th. 7. Kap. §. 20. S. 477.

16) *L.* 4. *L.* 13. *D. h. t. L.* 10. §. 4. *L.* 17. §. 1. *D. de Appellat. L.* 1. §. 1. *D. Quando appelland. L.* 15. *L.* 18. *Cod. de excusat. tut. et curator.*

über die Excusation wird ein anderer Vormund bestellt [17]). Ist nun die Excusation rechtskräftig verworfen, so trifft den Vormund nicht nur der Kostenersatz, sondern er trägt auch allen Schaden, der in der Zwischenzeit dem Mündel oder Curanden zugegangen ist [18]). Es ist daher dem Vormund anzurathen, daß wenn er seiner Sache nicht vollkommen gewiß ist, er sich entschließe, unter gehörigem Vorbehalt der ihm zustehenden Befugnisse die Verwaltung der Vormundschaft zu übernehmen [19]). Denn er haftet rückwärts als Vormund [20]). Wird hingegen die Excusation angenommen, so wird der Excusirte dadurch nicht nur von der Vormundschaft befreyt, sondern er ist auch für den Schaden in der Zwischenzeit nicht verantwortlich [21]). Wäre ein Vormund durch Bestechung oder aus Unwissenheit des Rechts, oder sonst aus Partheylichkeit von Uebernehmung der Vormundschaft befreyt worden, ohne eine hinreichende

17) *L.* 17. §. 1. *D. de appellat. L.* 2. *D. de tutorib. et curat. dat.*

18) *L.* 20. *L.* 39. §. 6. *D. de administrat. tut. L.* 15. *Cod. h. t.*

19) S. Martini Vormundschaftslehre. S. 29. a. E.

20) *L.* 20. *D. de administrat. tutor.* Ulpianus *libro V. de officio Proconsulis.* Tutor vel curator, cuius iniusta appellatio pronuntiata fuerit, cuiusve excusatio recepta non sit, *ex quo accedere ad administrationem debuit, erit obligatus.*

21) *L.* 22. *C. h. t.* Impp. Diocletian. *et* Maxim. AA. et CC. *Hermodoro.* Si tutor nominatus decreto Praesidis, habens excusationem, absolutus es, ad te non pertinere periculum administrationis, manifestum est. S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 9. §. 59.

Ursache gehabt zu haben, z. B. er hatte nicht die gehörige Zahl von Kindern, oder nur erst zwey Vormundschaften; so nützt ihm diese Befreyung nichts, sondern er muß dennoch die Tutel übernehmen, und allen durch seine Weigerung verursachten Schaden ersetzen, wie die Kaiser Philippus rescribirt haben, wenn sie *L.* 3. *C. Si tutor vel curator falsis allegationibus excusatus sit.* (V. 63.) sagen:

Si, ut proponis, pars diversa ab administratione tutelae seu curae tuae, itemque fratris tui, *ambitione potius, quam iuris ratione* se excusavit: *periculo iniuncti muneris minime liberata est.*

Eben so ist es, wenn der Vormund zwar durch Anführung einer gesetzmäßigen, aber erdichteten Ursache eine Befreyung erschlichen hat, ohne daß diejenigen, denen an der Bestellung des Vormundes gelegen war, vorher waren vernommen worden; oder wenn auch die Entschuldigungs-Ursache gesetzmäßig und wirklich gegründet war, der Vormund aber sich schon gleich Anfangs der Verwaltung freywillig unterzogen hatte, ohne solches bey der Excusation angezeigt zu haben. In beyden Fällen ist das obrigkeitliche Befreyungs-Decret nichtig, und der Vormund muß von dem Augenblick an, da er die Tutel hätte übernehmen sollen, das periculum tragen [22]), wie aus folgenden Constitutionen erhellet.

L. 1. *Cod. eodem. Imp.* Alexander *Symmacho et Diodino.* Si absentibus necessariis per-

22) S. Donellus Commentarior. Lib. III. Cap. 9. §. 60. (Vol. II. pag. 139. edit. noviss. *Norimb.*) und *Marc. Vertran.* Maurus de iure liberorum. Cap 19. (in *Thes. Otton.* Tom III. pag. 1014. sqq.)

sonis, vel his, qui sua sponte vos defendere volebant, non competentibus allegationibus, qui vobis tutores aut curatores dati erant, liberati esse a munere iussi sunt, ne eis circumvenisse iudicis religionem prosit, Praeses provinciae audiet vos: et si iniustum decretum extorsisse eos apparuerit, *exinde ad eos periculum administrationis pertinere pronuntiabit, ex quo dati sunt.*

L. 2. C. eodem. Imp. Philippus A. et Philippus C. *Aulizano.* Tutores, quos postea quam bona pupillorum administraverunt, a Praeside provinciae quasi re integra excusari se impetrasse adseveras, *periculum administrationis evitare minime posse, manifestum est.*

§. 1358.

Entsagung der Excusation. Erläuterung der *L.* 32. *et* 33. *D. h. t.*

Der Vormund kann sich seines Excusationsrechts auch begeben, entweder ausdrücklich, oder stillschweigend [23]).

Ersteres ist der Fall, wenn der Vormund dem Vater des Pupillen die Uebernahme der Vormundschaft versprochen hat. Ein solches Versprechen erklärt selbst das Röm. Recht [24]) für verbindlich, und der Vormund kann sich weiter keiner Excusationen bedienen. Hierher ist auch noch der Fall zu rechnen, von dem Paulus *libro III.*

23) S. *Ant.* Fabri Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. IX. in fine pag. 1147. sq. et Illat. X. pag. 1148 sqq. und *Hug.* Donelli Commentar. Lib. III. Cap. 9 §. 61. et 62.

24) §. 9. *I. h. t.* *L.* 15. §. 1. *D. eod.*

Sententiarum[25]) spricht: Qui se filio testatoris impuberi tutorem adscripsit, wenn ihn die Obrigkeit für tüchtig befunden, und durch ein Decret bestätiget hat, weil eine solche Vormundschaftsbestellung eigentlich gegen das Libonianische Senatusconsultum streitet. Ein solcher Vormund kann sich darum nicht entschuldigen, wie Paulus sagt: *quia consensisse videtur voluntati testatoris;* oder wie Papinian *libro XV. Responsorum*[26]) sich noch deutlicher erklärt hat, wenn er sagt: *nec admittendam excusationem, quam iure publico habebat, quoniam* PROMISISSE *videbatur.*

Letzteres kann auf verschiedene Art geschehen. 1) Wenn der Vormund von der zur Zeit der angetragenen Vormundschaft ihm zustehenden Excusation keinen Gebrauch macht, oder die Zeit verstreichen läßt, binnen welcher er sie hätte vorschützen sollen; es müßte denn nachher ein neuer Excusationsgrund eintreten, der ihn von der schon übernommenen Vormundschaft befreyt, und zur Zeit der Renunciation noch nicht vorauszusehen war. 2) Wenn der Vormund in einem solchen Falle, wo die Vormundschaft, wegen ungültig geschehener Bestellung im Testament, der obrigkeitlichen Confirmation bedurfte, dieselbe hat geschehen lassen, ohne sich dagegen einer Excusation zu bedienen[27]). 3) Wenn der Vormund ein Vermächtniß angenommen hat, welches ihm entweder unter der ausdrücklichen Bedingung der zu übernehmenden Vormundschaft, wovon Papinian[28]) ein Beyspiel giebt, oder, ohne der Vormund-

25) *L.* 18. §. 1. *D. de lege Cornelia de falsis.* (XLVIII. 10)

26) *L.* 29. *D. de testamentaria tut.*

27) *L.* 16. *D. h. t.* S. Faber c. l. pag. 1147. sq.

28) *L.* 101. §. 2. *D. de condition. et demonstrat.* (XXXV. 1.)

schaft dabey zu gedenken, entweder in demselben Testament, worin er bestellt worden ist, oder in Codicillen, sie mögen vor, oder nach dem Testament errichtet worden seyn, hinterlassen worden ist. Hier kann sich der Vormund selbst auch dann nicht mehr entschuldigen, wenn er zwar nicht auf eine gesetzmäßige Art bestellt, aber von der Obrigkeit bestätiget worden ist. Er verliert jedoch auch, selbst in dem letztern Falle, das Vermächtniß, wenn er durch Excusation die Vormundschaft ablehnt, wofern nicht der Testirer ausdrücklich erklärt hat, er solle das Vermächtniß auf jeden Fall erhalten, wenn er auch die Vormundschaft nicht übernehmen würde [29]). Folgende Gesetzstellen sind hier besonders merkwürdig.

L. 5. §. 2. *D. de his, quae ut indignis aufer.* (XXXIV. 9.) Paulus *Libro I. de iure fisci.* Amittere id, quod testamento meruit, et eum placuit, qui tutor datus excusavit se a tutela: sed si *consecutus* fuerit, non admittetur ad excusationem.

L. 32. *D. h. t.* Paulus *libro VII. Quaestionum. Nesennius Apollinaris* Julio Paulo. *Mater filium suum pupillum, vel quivis alius extraneus extraneum aeque pupillum scripsit heredem, et Titio legatum dedit, eumque eidem pupillo tutorem adscripsit. Titius confirmatus excusavit se a tutela. Quaero: an legatum amittat? Et quid, si testamento quidem tutor non sit scriptus, legatum tamen acceperit, datusque a Praetore tutor excu-*

29) S. *Christ. Gottl.* Haubold Quaestio iuris civ. Quatenus tutor excusatione usus legatum adscriptum amittat? *Lipsiae* 1790. (in Ejus *Opuscul. academ. a* Wenck *edit.* Vol. I. pag. 376—396.)

cuset, se, an aeque repellendus sit a legato? et an aliquid intersit, si a patre vel emancipato pupillo tutor datus sit, vel puberi curator? Respondi: qui non iure datus sit vel tutor vel curator a patre, confirmatus a Praetore, excusationis beneficio uti maluit, repellendus est a legato: idque et Scaevolae nostro placuit: nam et Praetor, qui eum confirmat tutorem, defuncti sequitur iudicium. Idem in matris testamento dicendum est. Similis est matri quivis extraneus, qui pupillum heredem instituit, eique et in tutore dando prospicere voluit, quales sunt alumni nostri. Recte ergo placuit, eum, qui recusat id onus, quod testator reliquit, ab eo, quod petit, quod idem dedit, repelli debere. Non semper tamen existimo, eum, qui onus tutelae recusavit, repellendum a legato: sed ita demum, si legatum ei ideo adscriptum appareat, quod eidem tutelam filiorum iniunxit, non quod alioquin daturus esset, etiam sine tutela[30]). Id apparere poterit, si posueris, testamento legatum adscriptum, codicillis vero postea factis tutorem datum: in hoc enim legato potest dici, non ideo ei relictum, quia et tutorem esse voluerit testator.

L. 33. *D. eodem.* Idem *libro XXIII. Quaestionum.* Sed haec nimium scrupulosa sunt, nec

30) So lesen Haloander, Miräus, Baudoza, Hugo a Porta, Merlinus, die Gothofredischen Ausgaben, und Beck. Diese Lesart ist der florentinischen *tutelae* unstreitig vorzuziehen, wenn man nicht etwa das Wort *onere* subintelligirt. Allein Brenkmann bemerkt in der Göttinger Ausgabe, daß auch alle von ihm verglichene Handschriften *tutela* lesen.

admittenda: nisi evidenter pater expresserit, velle se dare, etiam si tutelam non administravit: semper enim legatum aut antecedit, aut sequitur tutelam.

Die Ausleger haben bey diesen beyden Gesetzstellen mancherley Anstände gefunden, die sie auf verschiedene Art aus dem Wege zu räumen gesucht haben. Jac. Cujacius [31]) und Joh. Schilter [32]) glauben, Paulus habe seine Meinung, die er früher im 7ten Buche seiner Quästionen bey Gelegenheit des ihm damals vorgetragenen Rechtsfalles ausgeführt hat, nachher im 23ten Buche wieder geändert. Anton Faber [33]) hingegen hält die ganze *L.* 33. für einen Tribonianismus. Er sagt, Paulus habe seine Meinung in der L. 32. deutlich genug erklärt, der Vormund, wolle er sagen, verliere sein Legat durch Ablehnung der Vormundschaft nur dann, wenn ihm dasselbe wahrscheinlich blos als Vormunde, um seine Treue zu belohnen, hinterlassen worden, also nicht immer, z. B. wenn dem Vormunde das Legat im Testament vermacht, er selbst aber in einem erst nachher noch errichteten Codicille zum Vormund ernannt worden sey. Hier scheine das Legat nicht um der Vormundschaft willen hinterlassen zu seyn. Mit einer solchen Wahrscheinlichkeit habe sich nun Tribonian nicht begnügt, sondern eine ausdrückliche Willenserklärung erfordert, wenn der Vormund auch ohne die Tutel das Legat erhalten solle. Den Tribonianismus soll auch schon der hier gebrauchte Pluralis: Sed *haec*

31) Commentar. in libr. VII. Quaestion. Pauli ad L 32. D. h. t. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. II. pag. 1104)

32) Prax. iuris Rom Exercit. XXXVII. §. 148.

33) Jurispr. Papinian. Scient. c l. pag. 1151.

nimium scrupulosa, so wie der beygefügte Grund, *semper enim legatum aut antecedit aut sequitur tutelam*, deutlich genug verrathen. Allein die Schwäche dieser Gründe hat schon Haubold [34]) mit der ihm eigenen Gründlichkeit und Eleganz gezeigt. Weit richtiger ist die Ansicht des Joseph Averanius [35]), Robert Joseph Pothier [36]) und des trefflichen Haubolds [37]), welche das, was Paulus in der L. 32. sagt, für einen bloßen Zweifelsgrund erklären. Die Meinung des Röm. Juristen ist nämlich, durch Ablehnung der Tutel gehe das dem Vormunde hinterlassene Vermächtniß nicht immer, sondern nur denn verloren, wenn es ihm um der Vormundschaft willen gegeben worden ist. Denkt man sich nun den Fall, den Paulus hier anführt, daß das Legat im Testament vermacht, der Legatar aber erst in einem nachher gemachten Codicill zum Vormund ernannt worden sey; so könnte es scheinen, als habe der Testirer, durch diese Absonderung des Vermächtnisses von der Bestellung des Vormundes, die Absicht gehabt, das Vermächtniß dem Legatar unbedingt, und nicht gerade um der Vormundschaft willen, zu hinterlassen. Allein dieß wäre denn doch nur eine Muthmassung, die noch großem Zweifel unterworfen ist. Solchen Ungewißheiten dürfe man in letzten Willensverordnungen nicht Raum geben. Haec nimium

34) Cit. Diss. §. III. pag. 382—384.

35) Interpretat. iuris. Lib. V. cap. 3. nr. 5. pag. 173. sq. (*Lugduni* 1751. 4.)

36) Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. LXXXVIII. not. c. pag. 138.

37) Cit. loc. pag 383.

scrupulosa sunt, nec admittenda [38]). Es sey daher rathsamer, (dieß ist nun die wahre Meinung unsers Paulus) eine deutliche Erklärung des Testirers zu erfordern, wenn er will, daß dem Tutor das Legat auf jeden Fall verbleiben solle, er möge die Vormundschaft übernehmen, oder nicht. Ohne eine so bestimmte Erklärung müsse immer vermuthet werden, daß das einem Vormunde hinterlassene Legat, es mag ihm in dem Testamente, oder in vorher oder nachher errichteten Codicillen seyn hinterlassen worden, in Rücksicht der Vormundschaft, und zur Belohnung seiner Treue, ausgesetzt worden sey, welches daher der Vormund mit Recht verliert, wenn er durch vorgeschützte Excusation die Bedingung des Vermächtnisses, und also den Willen des Testirers nicht erfüllt [39]). Um nun

38) Es ist in den Schriften der Röm. Juristen, die mehr auf die Sache, als auf die Worte sahen, gar nichts Ungewöhnliches, daß wenn sie vorher im Singulari sprachen, sie nachher die Rede auf den Pluralis lenken, wie *Guil.* Pauw Observation. iuris Romani lib. sing. (*Hagae Comitum* 1743. 8.) Cap XIV. pag. 85. mit vielen Beyspielen bewiesen hat. Beyspiele hiervon findet man sogar auch in den besten Röm. Classikern. S. *Casp.* Barth Notae ad Rutilii *Itinerar.* Lib. I. Vs. 55.

39) Die *Basilica Lib. XXXVIII. Tit.* 1. *Const.* 31. *et* 32. Tom. V. *Fabroti* pag. 14. haben, mit Uebergehung des vom Paulus sich selbst gemachten Zweifelsgrundes, blos das Resultat des unbezweifelten Rechts aufgenommen. Da lauten die beyden Gesetzstellen so. λα'. Παύλου. Ὁ' ἀνισχύρως δοθεὶς ἐπίτροπος, καὶ μετὰ τὸ βεβαιωθῆναι αὐτὴν παραιτησάμενος, ἐκπίπτει τοῦ καταλειφθέντος αὐτῷ ληγάτου. Fabrotus. *Tutor inutiliter testamento datus, et post confirmationem excusans se, amittit legatum sibi relictum.* λβ' Αὐτοῦ. Εἰ μὴ

aber vollends zu zeigen, daß die Art, wie der Vormund vom Teſtirer ernannt worden, es ſey im Teſtament, oder in Codicillen geſchehen, eben ſo wenig, als die Ordnung, in der ihm das Vermächtniß hinterlaſſen worden iſt, es ſey vor oder nach der Berufung zur Vormundſchaft geſchehen, Einfluß habe auf den Beſtand des Vermächtniſſes, und daß daher von jener auf dieſen kein Schluß gemacht werden könne; ſo fügt Paulus noch den Grund hinzu: *semper enim legatum aut antecedit, aut sequitur tutelam.*

Es ergeben ſich hieraus folgende Wahrheiten. 1) Iſt dem Vormunde vom Teſtirer ein Legat hinterlaſſen worden, ſo wird vermuthet, daß es ihm, als Vormunde, und um der Vormundſchaft willen, hinterlaſſen worden ſey. Ganz den angeführten Geſetzen gemäß, ſagt Schilter[40]), *Quare semper praesumtio est, patrem ideo legatum dedisse, ut tutelam susciperet: contrarium igitur expresse apparere debet: atque hoc ob favorem tutelae et odium recusationis.* Eben dieſer Meinung ſtimmen auch Joh. Voet[41]), Joſeph Averanius[42]) und Haubold.[43]) bey. Es kommt nichts darauf an, ob Beydes Vermächtniß und Ernennung des Vormundes in einem Teſtamente, oder in verſchiede-

ῥητῶς ὁ διαθέμενος εἶπε βούλεσθαι αὐτὸν καὶ, μὴ ἐπιτροπεύοντα λαβεῖν. Fabrotus. *Nisi evidenter testator dixerit velle se consequi eum legatum, etiam si tutelam non administraverit.*

40) Prax. Jur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 148.

41) Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 6.

42) Interpretat. iuris cit. l. pag. 174.

43) Cit. Diss. Opusc. Tom. I. pag. 383.

nen letzten Willensverordnungen, das Eine z. B. im Testamente, das Andere in Codicillen geschehen ist, und ob diese vor oder nach dem Testamente errichtet worden sind. Cujaz [44]) sagt sehr richtig: Et verius esse docet Paulus, huius ordinis, sive diversae scripturae rationem nihil mutare, nihil efficere, et breviter non aliter legati commodum separari ab onere tutelae, quam si evidenter testator expresserit, velle se dare legatum, etiam si tutelam non susceperit. *Hoc non expresso semper videtur onus tutelae iunxisse emolumento legati.*

2) Diese Vermuthung ist so stark, daß sie nur durch die ausdrückliche Erklärung des Testirers, der Vormund solle das Legat behalten, wenn er auch die Vormundschaft nicht übernimmt, entkräftet werden kann.

3) Der Vormund verliert das Vermächtniß, wenn er die ihm angetragene Vormundschaft nicht übernimmt, und die Schuld blos an ihm lag, mithin seine Entschuldigung ganz freywillig war. Haubold [45]) giebt die Regel: *Quicumque a testatore tutor relictus, ipse in culpa est, quominus tutelam in se suscipiat, amittit legatum, ab eodem sibi adscriptum, tanquam indignus defuncti iudicio, quod semel neglexit.* Dieser Verlust ist nun zwar allerdings eine Strafe, sie ist jedoch nicht nach den Regeln von Strafen bey Verbrechen zu beurtheilen. Denn man kann hier nicht sagen, der Vormund delinquire, wenn er sich einer rechtmäßigen Excusation bedient. Allein er verdient doch das Vermächtniß

44) Commentar. in Libr VII Quaestion. *Pauli*, ad L. 32. D. h. t. (*Opp. postum* Tom. II. pag. 1104.)

45) Cit. Diss. § II. pag. 379.

darum nicht, weil er durch Ablehnung der Vormundschaft dem Willen des Testirers zuwider gehandelt hat [46]). Dieß ist der Gesichtspunct, aus welchem die Gesetze diese Strafe beurtheilen, wie aus den vom Paulus angeführten Beyspielen erhellet. Er sagt nämlich in der oben aus dessen *libro I. de iure fisci* [47]) angeführten Stelle, wenn der Vater Jemanden in seinem Testamente blos ein Legat hinterlassen hat, ohne ihn zum Vormund seines unmündigen Kindes zu ernennen, und dieser sich excusirt, weil er von der Mutter des Pupillen zum Vormund desselben war in Vorschlag gebracht worden; so verliere er sein Legat nicht, und zwar aus dem beygefügten Grunde: *hic enim nihil contra iudicium defuncti fecit.* Aus demselben Grunde, sagt Paulus *libro VII. Quaestionum* [48]), könne auch derjenige des ihm hinterlassenen Le-

46) S. *Ant.* Fabri Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. 10. *de poena illius, qui etiam iuste a tutela se excusavit.* pag. 1148. sqq. und besonders *Jos.* Averanii Interpretation. iuris. Lib. II. Cap. 29. nr. 7—11. pag. 308. sq.

47) *L.* 5. §. 2. *D. de his, quae ut indignis aufer.* (XXXIV. 9.)

48) *L.* 34. *D. h. t.* Ex his apparet, non esse his similem eum, quem Praetor tutorem dedit, quum posset uti immunitate. *Hic enim nihil contra iudicium fecit testatoris*: nam quem ille non dedit tutorem, eum voluisse tutelam administrare filii, dicere non possumus. Die Lesart *noluisse*, welche nach der Bemerkung des *Ant.* Augustinus Emendation. Lib. I. cap. 3. (in *Thes. Ottoniano* Tom IV. pag. 1440.) viele alte Ausgaben und Handschriften haben sollen, ist offenbar unrichtig. Denn es fällt in die Augen, daß das *voluisse* auf den Vater gehe. Auch der griechische Scholiast in den Basiliken Lib. XXXVIII. Tit. 1. ad const. 33. Sch. e. Tom. V. pag 43. hat ἠβου-

gats nicht verlustig werden, welcher von der Obrigkeit zum Vormund der Kinder des Testirers berufen worden ist, wenn er sich entschuldiget. Denn da ihn der Vater nicht zum Vormund ernannt hat, so weiß man ja nicht, ob ihn auch der Vater die Vormundschaft über seine Kinder habe wollen verwalten lassen. Er hat also auf keine Weise dem Willen des Testirers entgegengehandelt. Soll also:

4) die Strafe des Verlusts eintreten, so muß der sich excusirende Vormund vom Testator selbst ernannt worden seyn. Ob die Ernennung auf eine vollkommen gesetzmäßige Art geschehen ist, oder nicht, kann nur in so fern von Einfluß seyn, als in dem letzten Falle eine obrigkeitliche Confirmation erforderlich ist. In der oben vorgekommenen *L.* 32. *D. h. t.* werden eine Menge Fälle dieser Art angeführt, und dem Paulus zur Begutachtung vorgelegt. Z. B. wenn eine Mutter ihr unmündiges Kind, oder wenn irgend Jemand ein fremdes unmündiges Kind zum Erben eingesetzt, und einem Dritten ein Legat hinterlassen, und diesen zugleich zum Vormund des Kindes bestellt hat; oder wenn der Vater einem emancipirten unmündigen Kinde einen Tutor, oder einem minderjährigen Kinde einen Curator in seinem Testamente ernannt hat. In allen diesen Fällen ist die Vormundschaftsbestellung zwar an sich ungültig, sie wird aber gültig durch die obrigkeitliche Bestätigung. Excusirt sich nun der Vormund, so macht er sich seines Legats verlustig. Denn indem ihn die Obrigkeit bestätiget, befolgt sie den Willen des Te-

λήθη αὐτὸν διοικῆσαι ἐπιτροπήν. S. Siegm. Reich. Jauchius de negationib. Pandect. Florent. Cap. IV. pag. 25. sq.

stirers [49]), weil es der Wille des Erblassers ist, daß der Legatar für das ihm ausgesetzte Vermächtniß die Vormundschaft übernehme. Schlägt nun der Legatar die Vormundschaft aus, so handelt er dem Willen des Verstorbenen zuwider. Er wird also billig mit dem Verluste des Vermächtnisses bestraft [50]).

5) Noch mehr als die Strafe des Verlusts, sogar das periculum tutelae trifft denjenigen, welcher mit mehreren zugleich zum Vormund ernannt worden, und sich eben deswegen, ohne sich einmal zu excusiren, der Vormundschaft gar nicht annahm, sondern sie den übrigen verwalten ließ, weil er glaubte, diese seyen schon Vormunds genug. Paulus hat diesen Fall *libro XXIII. Quaestionum* [51]). Hier hätte man nun freylich denken sollen, der Vormund könne seines Legats nicht verlustig werden, weil er ja das periculum cessationis trägt, und in Anspruch genommen werden kann, wenn der Pupill von denjenigen, welche die Tutel verwaltet haben, nicht hinlängs

49) *Nam iudicium patris, licet iure deficiat, servandum est*; so sagen die Kaiser Severus und Antoninus in einem Rescript an Aelius Diodotus, welches uns in den *Fragmentis Vaticanis* §. 159. ist aufbehalten worden. Man sehe über diese Stelle vorzüglich *de* Buchholtz pag. 136.

50) S. *Ant.* Fabri Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XXIV. Pr. I. Illat. X. pag. 1151. *de tutore inutiliter dato, sed confirmato, excusante se a tutela.* War der nicht gültig, z. B. von der Mutter des Mündels, bestellte Vormund zur Uebernehmung der Vormundschaft bereit, die Obrigkeit hat ihn aber nicht confirmirt, weil sie ihn nicht für tüchtig hielt; so kann er das Legat doch fordern, wie Papinian *L.* 76. §. 6. *D. de legat. II.* (XXXI.) sagt.

51) *L.* 35. *D. h. t.*

lich entschädiget werden kann. Dennoch spricht ihn Paulus mit Recht sein Legat ab, und setzt den Entscheidungsgrund darin, der Vormund habe sich hier gewissermassen excusirt, also müsse sein Ungehorsam gegen den Willen des Testirers bestraft werden. Die Worte des Paulus lauten so:

Quid autem, si se non excusaverit, sed administrare noluerit, contentus [52]), quod ceteri idonei sint? Et hic poterit conveniri, si ab illis res servari non potuisset. Sed hoc non quaerendum est, *sed contumacia punienda est eius, qui quodammodo se excusavit.* Multo magis quis dicere debebit *indignum iudicio patris*, qui ut suspectus remotus est a tutela.

Daß hier die Hauptfrage von dem Verlust des Legats war, und nicht von der Verantwortlichkeit des Vormundes, sagt nicht nur Paulus ausdrücklich: *Sed hoc non quaerendum est*, d. h. davon kann jetzt noch keine Frage seyn, denn die Verantwortlichkeit des Vormundes kommt erst nach geendigter Tutel zur Sprache; sondern eben dieß beweist auch der von ihm gebrauchte Entscheidungsgrund, und die von ihm mit einem solchen Vormunde angestellte Vergleichung, der zwar die Tutel über-

52) Mehrere alte Ausgaben, z. B. die des Baudoza Festius, Merlinus, u. m. a. lesen *contendens*. Allein die florentinische Lesart, welche auch Halvander, Mirämus, Hugo a Porta, Gothofredus, und Beck beybehalten haben, wird durch die *Basilica Lib. XXXVIII. Tit. 1. ad constit. 34. Sch f.* Tom V. pag. 43. bestärkt, wo das Wort ἀρνούμενος gebraucht worden ist. S. *Jac* Cujacii Comment. in Lib. VII. Quaest. Pauli ad L. 32. D. h. t. (*Opp. postum.* Tom. II. pag. 1104. in fin.)

nommen, aber als suspect removirt worden ist. Denn die Worte *indignum iudicio patris* gehen offenbar auf die Unwürdigkeit des Vormundes in Rücksicht des ihm vom Vater des Mündels hinterlassenen Vermächtnisses. Noch deutlicher aber hat dieses der griechische Scholiast ausgedrückt, wenn er unser Gesetz auf folgende Art in seine Sprache übertragen hat.

Τί οὖν εἰ μὴ ἐχρήσατο μὲν ἐξκουσατίονι ὁ ἐν διαθήκῃ δεδομένος ἐπίτροπος, καταδεξάμενος δὲ τὴν ἐπιτροπὴν οὐ βούλεται διοικεῖν, ἀρκούμενος τῷ ἔχειν συνεπιτρόπους ἐυπόρους; καὶ πρόδηλον μὲν ὅτι δύναται ἐνάγεσθαι, ἐὰν μὴ δυνηθῶσι ποιῆσαι τὸ ἀζήμιον τῷ πουπίλλῳ οἱ συνεπίτροποι αὐτοῦ. ἀλλ' οὐ τοῦτο μόνον ζητοῦμεν, ἀλλὰ χρὴ καὶ τὴν προπέτειαν αὐτοῦ κολάζεσθαι τῇ ἐκ πτώσει τοῦ ληγάτου· καὶ οὗτος γὰρ ἐξκουσατίονι δοκεῖ κεχρῆσθαι πολλῷ δὲ πλέον τούτου ἀνάξιός ἐστι λαμβάνειν τὸ ληγάτον, ὁ καταδεχόμενος μὲν τὴν ἐπιτροπὴν, ἀποκινούμενος δὲ αὐτῆς ὡς ὕποπτος.

Fabrotus. *Quid igitur si testamento datus tutor non utatur excusatione, sed tutelam susceptam nolit administrare, contentus eo, quod habet contutores idoneos? Et manifestum quidem est hunc posse conveniri, si a contutoribus eius pupillo res servari non possit. Sed non hoc tantum quaerimus, sed contumacia eius punienda* AMISSIONE LEGATI: *nam et hic videtur excusatione uti. Multo vero magis* INDIGNUS EST CONSEQUI LEGATUM, *qui suscepta tutela remotus est quasi suspectus.*

Gleichwohl meint Anton Faber[53], die Worte: *Sed hoc non quaerendum est — remotus est a tutela*, habe Tribonian dem Paulus angedichtet. Denn der angeführte Entscheidungsgrund sey offenbar falsch. Wie könne man denn von dem sagen, er excusire sich, der die Tutel nicht verwalten will, weil er meint, es seyen schon andere tüchtige Vormünder da? Er müsse ja das periculum tragen, welches den nicht trifft, der sich excusirt. Um dieses periculum willen müsse man ihm aber auch billig das Vermächtniß lassen, um so mehr, da er eben so behandelt wird, als ob er mit administrirt hätte, und ihm kein dolus noch eine contumacia zur Last falle. Allein wer kennt die Maxime des großen Anton Fabers nicht, der alles sogleich für einen Tribonianismus zu halten pflegt, was er mit seinen Rechtsgrundsätzen nicht zusammenreimen kann? Darin hat ihn Haubold[54] auch mit Recht getadelt.

6) Der Vormund verliert sein Legat, wenn er sich excusirt, auch wenn er die Vormundschaft nur zum Theil von sich ablehnt. Dieß lehrt Marcian mit Beziehung auf ein Rescript der Kaiser Severus und Antoninus *libro II. Institutionum*, woraus die *L.* 111. *D. de legatis I.* (XXX.) genommen ist.

Etiam si *partis bonorum* se excusaverit tutor, puta Italicarum, vel provinciàlium rerum, totum, quod testamento datum est, ei auferetur, et ita Divi Severus et Antoninus rescripserunt.

53) Jurispr. Papin. Sc. c. 1. pag. 1152. *'De tutore, qui habens contutores, non se excusavit, sed administrare noluit.*

54) Cit. Diss. §. III. Opusc. Vol. I. pag. 386.

Dieß ist auch den Grundsätzen des Röm. Rechts vollkommen gemäß. Denn so wie der Legatar, gleich dem Erben, das Vermächtniß nicht zum Theil annehmen und zum Theil ausschlagen kann [55]; eben so kann auch der Vormund das Legat nicht fordern, wenn er die Bedingung desselben nicht ganz erfüllt, sondern zum Theil unerfüllt läßt [56], wenn auch übrigens ein Vormund allerdings befugt ist, sich von einem Theile der Vormundschaft durch rechtmäßige Excusation zu befreyen [57].

7) Der testamentarische Vormund verliert aber, wenn er sich seines Excusationsrechts bedient, nicht nur das ihm selbst hinterlassene Vermächtniß, sondern es gehen auch die seinen Kindern zugedachten Legate verloren, wenn sie nämlich den Kindern nicht aus eigner Zuneigung, sondern blos, um den Vater dadurch zu ehren, vom Testirer hinterlassen worden sind. Merkwürdig ist folgende Stelle Papinians aus desselben *libro IV. Responsorum.*

55) *L.* 38. *pr. D. de legat. I. L.* 4. *D. de legat. III.* Paulus *Sententiar. Receptar. Lib. III. Tit.* 6. §. 12. Schulting Jurisprud. vet. Antejustin. pag. 358.

56) S. Haubold Diss. cit. §. IV. pag. 390.

57) *L.* 10. §. 4. *L.* 19. *L.* 21. §. 2. *D. h. t. L.* 11. *Cod. eodem. Ant.* Faber Jurispr. Papin. Sc. Tit. XXIV. Pr. I. Illat. II. pag. 1108. *de tutore liberando ab administrat. rerum, quae sunt in alia provincia.* In einer vermuthlich aus Ulpians libro sing. *de officio Praetoris tutelaris* genommenen, jedoch lückenhaften Stelle der Vaticanischen Fragmente §. 205. h. t. wird bey diesem Excusationsrechte des Vormundes hinzugefügt: sed caveat, *si legatum accepit*, hoc facere. S. *de* Buchholtz Vatic. Fragment. pag. 158.

L. 28. *D. de testam. tut.* Qui tutelam testamento mandatam excusationis iure suscipere noluit, ab his quoque legatis summovendus erit, *quae filiis eius relicta sunt*, modo si legata filii non affectione propria, sed *in honorem patris* meruerunt.

Denn was den Kindern um des Vaters willen vermacht worden ist, ist eben so anzusehen, als ob es dem Vater selbst hinterlassen worden wäre [58]).

3) Das Vermächtniß, welches der Vormund verliert, fällt jedoch nicht dem Fiscus anheim, sondern es bleibt in der Erbschaft. Ist also, wie gewöhnlich, der Pupill zum Erben eingesetzt, so bleibt es ihm. Ist er aber enterbt, so behält es der eingesetzte Erbe. So sind folgende Gesetze zu vereinigen.

L. 5. §. 2. *D. de his, quae ut indignis.* Paulus *libro I. de iure fisci.* Sed hoc legatum, quod tutori denegatur, non *ad fiscum* transfertur, *sed filio relinquitur, cuius utilitates desertae sunt.*

L. 25. *Cod. de legatis.* Imp. Justinianus A. *Joanni* P. P. (VI. 37.) — Si legatarius, cui propter tutelam gerendam aliquid relictum sit, non subierit tutelam: ei quidem legatum aufertur, *pupillo autem adsignatur, cui ille utilis esse noluit.*

58) *L.* 42. *D. de condit. et demonstrat.* (XXXV. 1.) *L.* 10. §. 6. *in fin. D. de vulg. et pup. substit.* Hierher gehört auch, was Seneca *de Beneficiis* Lib. V. cap. 19. sagt: *Sed ut — tanquam Jurisconsultus respondeam, mens spectanda est dantis. Beneficium ei dedit, cui datum voluit. Sicut si in patris honorem fecit, pater accepit beneficium. Sed pater, beneficio in filium collato, non obligatur, etiam si fruitur.*

L. 28. §. 1. *D. de Excusat.* Papinianus *libro V. Responsor.* Quae tutoribus *remunerandae fidei causa* testamento parentis relinquuntur, *post excusationem ab heredibus extraneis quoque retineri placuit.*

Paulus und Justinian, welche das Legat, dessen sich der Vormund durch Excusation verlustig gemacht hat, dem Pupillen zusprechen, haben also den gewöhnlichen Fall, da der Pupill zum Erben eingesetzt worden ist, im Sinne gehabt. Papinian hingegen, der es fremden Erben zufallen läßt, berücksichtigte auch den seltnern Fall, da der Pupill vom Vater enterbt worden ist. So haben auch Jac. Cujacius [59]), Anton Faber [60]) Jul. Pacius [61]) und Haubold [62]) diese Gesetze mit einander vereiniget.

Es entsteht nun hier noch die Frage, warum das Vermächtniß nicht, wie sonst bey den bonis ereptitiis die Regel ist, an den Fiscus falle, sondern dem Pupillen oder dem Erben verbleibe? Daß dieses nicht blos Begünstigung des Pupillen zum Grunde habe, dessen Bestes der Legatar, als Vormund, zu befördern sich weigerte,

59) Commentar. in Lib. IV. Responsor. Papiniani, ad L. 28. D. de testam. tut. (*Oper. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 183.)

60) Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XXIV. P. I. Illat. X. pag. 1150. *De retinendis per heredem etiam extraneum iis, quae in remunerationem tutelae fuerunt legata tutori se excusanti.*

61) Ἐναντιοφανῶν seu Legg. conciliatar. Centur. IX. Quaest. 92. pag. 706. sq. (*Coloniae* 1661. 8.)

62) Cit. Diss. §. IV. pag. 387.

erhellet daraus, weil es auch zuweilen dem fremden Erben zu Theil wird. Es muß also wohl einen allgemeinern Grund haben. Anton Faber [63]), dessen Meinung auch Haubold [64]) zu der seinigen gemacht hat, leitet den Grund ex ipsa iuris ratione auf eine diesem großen Juristen eigene scharfsinnige Art her. Er sagt nämlich, der Vormund verliere das Legat, ehe er noch dasselbe erworben hat. Denn hätte er es schon erhalten, so könnte er sich nun gar nicht mehr excusiren, weil er ja durch die Annahme des Vermächtnißes auf sein Excusationsrecht Verzicht gethan haben würde. Nun kann aber der Fiscus einem Unwürdigen nur das entziehen, was der Unwürdige schon erworben hat. Der Vormund verliere also sein Legat nicht sowohl quasi indignus, weil das Vermächtniß nicht ad bona ereptitia gehöre, als vielmehr aus dem Grunde, weil er die Bedingung nicht erfüllt hat, unter welcher ihm das Legat stillschweigend hinterlassen worden ist, nämlich wenn er die Vormundschaft übernehmen werde. Es ist hier nur noch einem Zweifel zu begegnen, nämlich warum denn doch von diesem Vermächtniß in einem Titel der Pandecten die Rede sey, welcher blos von bonis ereptitiis handelt? Schon Abrah. Wieling [65]) hat jedoch darauf geantwortet, daß die Rubrik des Pandecten-Titels *de his, quae ut indignis auferuntur* in der weitern Bedeutung zu nehmen sey, in welcher sie auch Justinian *L. un.* §. 12. *Cod. de caducis tollendis* (VI. 51.) genommen habe, nämlich daß darunter nicht blos die eigentlichen ereptitia

63) Cit. loc. Illat. X. pag. 1149.

64) Cit. Diss. §. IV. pag. 387. sq.

65) Lection. iuris civ. Lib. I. Cap. 20. pag. 68—72. (*Trajecti ad Rhen.* 1740. 8.)

begriffen sind, welche das Gesetz dem unwürdigen Erben oder Legatar entzieht, und dem Fiscus vindicirt; sondern auch dasjenige, was der Testator selbst dem Erben oder Legatar stillschweigend wieder genommen hat, oder genommen zu haben vermuthet werden muß, und was also, da es der Honorirte noch nicht erworben hat, in der Erbschaft bleibt [66]). Er ist daher mit Faber, ob er ihn gleich nicht nennt, darin einverstanden, daß das Legat, dessen sich der Vormund verlustig macht, ein bedingtes sey, welches wegen nicht erfüllter Bedingung, velut indebitum wegfällt, und also in der Erbschaft bleibt.

9) Es ist also Regel, daß ein testamentarischer Vormund das ihm zugedachte Legat, nach der vermutheten Willensänderung des Testirers, verliert, wenn er die ihm im Testament angetragene Vormundschaft, welche er hätte übernehmen können und sollen, ablehnt. So wie nun also die Ursache dieses Verlustes in dem Willen des Testirers beruhet, der das Legat anders nicht hat hinterlassen wollen, als unter der Bedingung, daß der Legatar die Vormundschaft übernehme; so muß nun nothwendig in allen den Fällen eine Ausnahme Statt finden, wo es nach den vorhandenen Umständen gar nicht wahrscheinlich ist, daß dasjenige, was dem Vormunde hinterlassen worden, demselben in Rücksicht der Vormundschaft zugedacht worden sey [67]). Wir finden in den Gesetzen folgende Fälle.

a) Der Vater hat seinen Sohn zum Miterben und

66) Wieling führt zum Beweise dieses weitern Sinnes von bona ereptitia ein sehr treffendes Beyspiel aus *L.* 9. §. 1. *et* 2. *D. de his, quae ut indignis aufer.* an.

67) S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 9. §. 62.

Vormund eines unmündigen Bruders ernannt. Hier kann sich der Sohn immerhin entschuldigen, ohne den Verlust seines Erbtheils befürchten zu dürfen, weil man annehmen muß, der Vater habe ihn als Sohn, und nicht um der Vormundschaft willen bedacht. Papinian sagt *libro V. Responsorum* [68]: quum iudicium patris *ut filius*, non *ut tutor* promeruit.

b) Der Vormund soll das Vermächtniß nicht behalten, sondern einem Andern wieder abliefern. Hier erhält er das Legat um des Fideicommissars willen. Will er sich nun noch entschuldigen, so kann ihm das Vermächtniß daran nicht hindern, weil er es nicht für sich erwirbt. Wollte man ihn aber, wegen der Excusation, des Legats für verlustig erklären, so würde dieß keine Strafe für den Legatar, sondern für den Fideicommissar seyn, weil ja der Legatar das Vermächtniß doch nicht behalten könnte, wenn er sich auch nicht excusirte. Diesen Fall hat Marcianus *libro V. Regularum* [69], wo er sagt:

Legatarius, *qui rogatus est alii omne legatum restituere*, si maluit se excusare a tutela, *legatum propter fideicommissarium consequitur.* Cui similis est, qui de falso egit, nec obtinuit.

Marcian fügt noch hinzu, daß aus gleichem Grunde ein Legatar seines Vermächtnißes nicht könne für verlustig erklärt werden, welcher das Testament, als ein falsches, oder, wie Ulpian *libro XIV. ad Edictum* [70] den

68) *L.* 28. §. 1. *in fin. D. h. t.* S. *Jac.* Cujacii Comment. in Lib. V. Respons. Papin. ad h. L. (*Opp. postam.* Tom I. pag. 210)

69) *L.* 27. *D. h. t.*

70) *L.* 8. §. 14. *D. de inoff. testam.* (V. 2.)

Fall hat, als inofficiosum, angefochten, aber den Proceß verloren hat, wenn er gebeten worden ist, das ganze Legat einem Andern zu restituiren. Der Legatar hätte eigentlich das Vermächtniß verwirkt [71]; allein hier würde es ungerecht seyn, den Legatar zu bestrafen, weil er das Vermächtniß nicht behält. Eo enim solo carere quis debet, sagt sehr treffend Ulpian, cuius emolumentum ad eum pertineret. *Ceterum si id rogatus fuit restituere, non debet iniuria fieri.* Daß ein Legat der Billigkeit wegen gültig bleibt, welches der Legatar eigentlich verwirkt hätte, wenn es einem Dritten zu restituiren ist, bestärkt Ulpian *libro XLVIII. ad Edictum* [72] auch noch mit einem andern Beyspiele, nämlich wenn der Legatar den Erblasser vorsätzlich gehindert hat, sein Testament zu ändern. Hier macht er sich seines Legats verlustig. Sed si legatum restituere sit rogatus, sagt Ulpian, consequens erit dicere, admitti eum ad legatum, quod non ipse habiturus esset, sed ad alium sit translaturus.

c) Der Vormund, dem um der Vormundschaft willen ein Legat vermacht worden, ist auch noch überdem dem Pupillen auf den Fall, da derselbe in der Unmündigkeit sterben sollte, substituirt worden. Hier verliert er zwar, wenn er die Tutel ablehnt, und der Pupill am Leben bleibt, das Legat; tritt aber der Todes-Fall ein, so kann er deswegen, als Substitut, von der Erbschaft des-

71) *L.* 5. §. 1. 3. 5. 6. 7. 14. 16. *D. de his, quae ut indignis.* (XXXIV 9) S. Pothier Pandect. Justinian. h. t. Nr. XCII. Not. f.

72) *L.* 1. §. 1. *D. Si quis aliquem testari prohib. vel coegerit.* (XXIX. 6.)

selben nicht ausgeschlossen werden, weil es gar nicht wahrscheinlich ist, daß ihn der Testator nur unter der Bedingung habe substituiren wollen, wenn er auch die Tutel übernommen hätte, indem ja die Pupillar-Substitution gerade auf einen solchen Fall geschieht, wo sich die Tutel, wenn sie auch der Substitut übernommen hätte, endigen würde. Der Grund, warum der Vormund das Legat verliert, wenn er sich entschuldiget, nämlich weil er sich geweigert hat, das Beste des Pupillen zu befördern, findet also bey der Pupillar-Substitution nicht Statt [73]). Hierher gehört die sehr merkwürdige Stelle aus des Paulus *libro IX. Responsorum* [74]), welche folgendermassen lautet:

Amicissimos quidem et fidelissimos parentes liberis tutores eligere solere, et ideo ad suscipiendum onus tutelae etiam *honore legati* eos prosequi [75]): sed cum proponatur is, de quo quaeritur, in testamento legatum meruisse, *et idem pupillo substitutus*, non est verisimile, tunc [76]) demum eum

73) S. *Ant.* Fabri Jurispr. Papin. pag. 1154. *De substituto pupillari, qui tutor datus excusavit se a tutela.*

74) *L.* 36. *pr. D. h. t.*

75) Diese Lesart, welche Hugo a Porta, Baudoza, Merlinus, Dionys. Gothofredus und Beck haben, ist der florentinischen *persequi* unstreitig vorzuziehen. Ihr giebt auch Brenkmann den Vorzug, und *Guil. Ott.* Reitz in Annotat. Sporad. (in Püttmann *Opuscul. iurid. ex Observation. miscellan. Batav.* Halae 1782. 8. pag. 167.) zeigt, daß *prosequi* gelesen werden müsse.

76) Die florentinische Lesart *hunc* demum *eum* testatorem substituere voluisse, giebt keinen richtigen Sinn. *Tunc*

testatorem substituere voluisse, si et tutelam suscepisset: et ideo eum, de quo quaeritur, a legato quidem, *si adhuc viveret pupillus*, repellendum fuisse, *a substitutione autem non esse summovendum: cum eo casu etiam suscepta tutela finiretur.*

Cujaz [77]) meint jedoch, nach der Verordnung des Kaisers Theodosius *II.* [78]) müsse der Vormund, wenn er sich entschuldiget, wenigstens dem Pupillen, dem er pupillarisch substituirt worden ist, einen andern Vormund erbitten, weil er sich sonst auch seines Rechts aus der Pupillar-Substitution verlustig mache. Allein dagegen schützt den Vormund die Constitution der Kaiser Severus und Antoninus, welche Herennius Modestinus anführt, wenn er *libro I. Excusationum* [79]) sagt:

Οἱ ὁπωσοῦν ἀφεθέντες δι' ἐξκουσατιόνος τῆς ἐπιτροπῆς, ἀνάγκην οὐκ ἔχουσιν αἰτεῖν, τοῖς ὀρφανοῖς ἐπίτροπον, ὡς φησι Σεβήρου καὶ Ἀντωνίνου διάταξις.

Augustinus. *Qui quomodocumque per excusationem tutela liberati sunt, non habent necesse tutorem pupillis petere, ut* Severi *et* Antonini *constitutione continetur.*

für hunc, wie Haloander, Baudoza und Beck lesen, ist daher unstreitig richtiger, wenn man nicht mit Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XCII. das *eum* weglößt.

77) Commentar. in Libr. IV. Responsor. Papiniani ad L. 28. D. de testam. tut. (*Opp. postum.* T. I. pag. 184.)

78) *L.* 10. *C. de legitim. heredib.* (VI. 58.)

79) *L.* 2. §. 6. *D. Qui petant tutor. vel curat.*

Mit Recht sagt daher Carl Fried. Walch [80]: Aperte statueremus ἀντινομίαν, si iam *Theodosium* et *Valentinianum* substitutis petendorum tutorum necessitatem tunc imponere putaremus, quum excusassent se.

Cujaz [81] glaubt übrigens aus der angeführten *L.* 36. *D. h. t.* noch einen gewöhnlich nicht bemerkten Fall ableiten zu können, wo auch der Vormund, wenn er sich excusirt, sein Legat nicht verliere, nämlich wenn der Pupill stirbt, ehe der Vormund seines Legats war verlustig erklärt worden, weil mit dem Tode des Pupillen nun der Grund wegfalle, warum die Gesetze dem Vormund das Legat entzogen wissen wollen. Er meint nämlich, aus den Worten: *si adhuc viveret pupillus*, lasse sich dieser Fall durch ein argumentum a contrario herleiten. Ihm stimmt auch Joh. Jac. Wissenbach [82] bey. Nun sind zwar bekanntlich die argumenta a contrario, besonders bey der Erklärung solcher Gesetze in den Pandecten, die aus den libris Responsorum und Quaestionum der Römischen Juristen sind genommen worden, an sich bedenklich und unsicher, und können zu Ungereimtheiten führen, wie auch schon an einem andern Orte [83] gezeigt worden ist; da indessen doch nun mit dem Tode des Pupillen die Tutel sich geendiget haben würde, wenn sie auch der Legatar übernommen hätte, so scheint die Billigkeit für jene Meinung zu sprechen.

80) Diss. de tutela extraneorum legitima, praes. *Christ. Gottl.* Budero def. (*Jenae* 1753) Sect. I. §. 10. circa fin.

81) Comment. cit. pag. 184.

82) Exercitat. ad Pand. P. I. Disput. LII. Th. 16. pag. 543.

83) S. den 1. Th. dieses Commentars §. 37. S. 265. der 2. Ausgabe.

Noch entsteht die Frage, ob der gesetzliche Vormund, wenn er sich gesetzmäßig entschuldiget, sich seines Erbrechts verlustig mache? Johann Voet [84]) behauptet dieses aus dem Grunde, weil die legitima tutela dem nächsten Verwandten wegen der Hoffnung der künftigen Erbfolge deferirt werde, dieselbe also eine an den Vortheil der Erbschaft geknüpfte Last sey, nach der Regel: *ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet* [85]). Ganz anderer Meinung ist hingegen Augustin von Leyser [86]). Dieser geht so weit, daß er sogar auch dann den gesetzlichen Vormund von der Erbschaft des Pupillen nicht ausgeschlossen wissen will, wenn er sich ohne eine rechtmäßige Entschuldigungsursache der Vormundschaft entzieht. Und er hat nicht Unrecht. Denn daß auch gesetzliche Vormünder sich entschuldigen können, ist schon an einem andern Orte [87]) durch die deutlichsten Gesetze außer allen Zweifel gesetzt worden. Was würde ihnen nun ihr Entschuldigungsrecht helfen, wenn sie deßhalb ihr Erbrecht verlieren sollten? Es müßte doch auch ein Gesetz vorhanden seyn, welches den sich excusirenden gesetzlichen Vormund der Erbschaft des Pupillen für verlustig erklärt. Ein solches Gesetz aber ist wenigstens in dem Römischen Recht ganz unbekannt. Die angeführte Regel beweist zwar, daß der nächste Verwandte, welcher die nächste Hoffnung hat, den Pupillen dereinst zu beerben,

84) Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. § 6. in fin.

85) §. *un. I. de legit. patronor. tut.* (l. 17.)

86) Meditation. ad Pandect. Vol. V. Specim. CCCXXXI. medit. 3.

87) S. den 31. Th. dieses Commentars §. 354. a. S. 181 — 184.

auch billig, selbst um seines eigenen Vortheils willen, ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur, wie Ulpian *libro XIV. ad Sabinum* [88]) sagt, die Vormundschaft über den Pupillen übernehme; allein rechtmäßige Entschuldigungsgründe entheben ihn seiner Pflicht, und hier kann denn auch die hereditas sine tutela deferirt werden, wovon Ulpian [89]) mehrere Beyspiele anführt. Hat der gesetzliche Vormund keine rechtmäßige Entschuldigung, so kann ihn die Obrigkeit zwar nöthigen, die Vormundschaft zu übernehmen, und der Vormund trägt billig das periculum cessationis; aber wo ist das Gesetz, welches den Richter berechtiget, den gesetzlichen Vormund, wenn der Pupill in der Unmündigkeit stirbt, der Erbschaft desselben für verlustig zu erklären? daß der testamentarische Vormund das ihm hinterlassene Legat durch Excusation verliert, hat eine ganz andere Bewandniß, wie bereits oben gezeigt worden, und erlaubt keinen Schluß auf den legitimen Vormund. Verliert doch selbst der testamentarische Vormund durch Excusation sein Recht aus der Pupillar-Substitution nicht! Gewiß verliert auch eben so wenig der gesetzliche Vormund durch Excusation sein Erbrecht. Außer Leyser vertheidigen diese Meinung auch Carl. Fried. Walch [90]) und Lud. Jul. Fried. Höpfner [91]). Nur dann, meint Voet, könne sich der legitimus tutor ohne Gefahr entschuldigen, wenn er nicht der nächste Erbe des Pupillen

88) *L.* 1. *pr. D. de legitim. tutor.*

89) *L.* 1. §. 1. *et* 2. *D. eodem.*

90) Diss. cit. de tut. extraneor. legit. Sect. I. §. 11.

91) Theor. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 239. S. 255. der Weber. Ausg.

sey, weil derjenige, welcher der nächste Verwandte und Erbe des Pupillen ist, die Vormundschaft nicht übernehmen kann. Nur von diesem Falle seyen auch die Gesetze zu verstehen, welche von der Excusation der gesetzlichen Vormünder sprechen. Allein zu dieser einschränkenden Erklärung geben die schon an einem andern Orte [92]) angeführten Gesetze gewiß keine Veranlassung. Indessen ist nicht zu läugnen, daß in vielen deutschen Particulargesetzen [93]) den Verwandten, wenn sie ohne rechtmäßige Ursachen die Uebernehmung der Vormundschaft verweigern, die Strafe des Verlusts ihres Erbrechts gedrohet ist.

Zu den Fällen einer stillschweigenden Begebung des Excusationsrechts gehört endlich noch 4) wenn sich der Vormund freywillig der Administration unterzieht. Hierdurch verliert er sein Excusationsrecht dergestalt, daß eine selbst noch nachher durch obrigkeitliches Decret erwirkte Befreyung nichtig ist. Es ist dieß schon oben aus einem Rescript der Kaiser Philippus [94]) bemerkt worden; allein aus den

92) S. die Note 87.

93) Walch hat in Diss. cit. Sect. II. §. 2. eine Menge solcher Particular-Rechte angeführt, zu deren Berichtigung und Ergänzung ich Folgendes zu bemerken nöthig finde. Der Stadt Nürnberg verneute Reformation v. J. 1564. f. Tit. XXXIX. 4tes Gesetz §. 2. Bl. 235. Der Stadt Frankfurt erneuerte Reformation v. J. 1578 f. Th. VII. Tit. 1. §. 7. Bl. 199. Des Stifts Wirzburg und Herzogthums zu Franken kaiserl. Land-Gerichts-Ordnung. 3. Th. Tit. IV. §. 10. (in Collect. quorund. Statutor. provincialium et urbium German. (*Wetzlar.* 1734. 4.) pag. 125. hinter *Ge. Melch. de* Ludolph Variar. Observat. for. P. III.

94) *L.* 2. *C. Si tut. fals. allegat.*

Vaticanischen Fragmenten §. 154. h. t. lernen wir, daß dieses die Divi Fratres schon früher anerkannt haben. Die Stelle ist schon an einem andern Orte [95]) vorgekommen.

§. 1358. a.

Potioris nominatio.

Auſſer der Excusation gab es vor Justinian noch einen andern Weg der Vormundschaft zu entgehen, nämlich die *potioris nominatio*. Sie bestand darin, wenn ein obrigkeitlich berufener Tutor, dem gesetzliche Excusation fehlte, oder sich derselben nicht bedienen mochte, einen Andern, mit motivirter Bezeichnung von Stand, Verbindung, Vermögen, Wohnort und Geschäftstüchtigkeit, als besser zum Vormund geeigneten redlichen Mann der Obrigkeit in Vorschlag brachte, und sich dadurch, wenn er dieses nachzuweisen vermochte, von der Vormundschaft befreyen konnte [96]). Im justinianeischen Rechte kommt sie bey Vormundschaften nicht vor. Die sehr unbedeutende Verordnung vom Kaiser Antoninus, *L. un. C. de potioribus ad munera nominandis* (X. 65.) spricht zwar von einer

95) S. den 3t. Th. §. 1354. a. S. 188. Ueberhaupt ist der §. 1354. a. von S. 186 — 189. zu vergleichen.

96) S. *Alex. Aug. de* Buchholtz Diss. ad orationem Divi Severi de potioribus nominandis. *Regiom. Boruss.* 1824. 8. Desselben Excurs. II. de potioribus ad tutelam nominandis zu den *Vatican. Fragment.* pag. 326 — 334. Albr. Schweppe Röm. Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer §. 430. S. 621. f. (der 2. verm. Ausgabe. Göttingen 1826.) und Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 242. S. 910 — 914.

potioris nominatio, aber bey muneribus anderer Art. Daß sie aber auch dem Tutor zugestanden, wußten wir blos aus des Paulus *Sententiis receptis*, welcher Lib. II. Tit. 28. *de potioribus nominandis*, Tit. 29. *Qui potiores nominare non possint*, und Tit. 30. *ad orationem Divi Severi*, davon handelt. Jedoch Alles nur sehr mangelhaft, und der oratio *D. Severi* wird in den unter der Rubrik des letztern Titels stehenden Stellen gar nicht einmal gedacht, so daß die Rubrik *ad orationem D. Severi* den darunter stehenden Stellen gar nicht entspricht. Allein durch die vom Mai edirten Vaticanischen Fragmente haben wir nun nicht nur diese Oratio *Divi* Severi kennen gelernt, sondern nun auch von der potioris nominatio einen deutlichen und vollständigen Begriff erhalten[97]). Die *oratio* Septimii Severi setzte nämlich der vormals gestatteten promiscua facultas potioris nominandi zum Besten der Pupillen bestimmte Grenzen, weil ihnen der durch die Nomination verursachte große Aufenthalt zum Nachtheil gereichte. Nach dieser oratio sollen nämlich von dem Rechte der nominatio potioris ausgeschlossen seyn 1) die testamentarischen Vormünder, d. h. hier diejenigen, welche von dem Vater selbst ernannt worden sind, wenn sie auch, falls die Ernennung im Testamente nicht auf eine vollkommen gesetzmäßige Art geschehen seyn sollte, der obrigkeitlichen Confirmation bedürfte. In andern Fällen einer imperfecta testamentaria tutela, z. B. bey mütterlicher Berufung, solle es bey der Regel bleiben. 2) Sollte dieses Recht auch dem untersagt seyn, welcher College des Vaters oder des Pupillen in einer Decurie oder in

97) *Vatican. Fragmenta* §§. 157. 158. 159 — 167. §. 206 — 220.

demselben Collegium ist. 3) Dem Primipilar, wenn er zur Vormundschaft über den Sohn eines Primipilars (nicht über einen Enkel) berufen worden ist. 4) Denjenigen Cognaten und Schwägern, welche von der *Lex Julia et Papia Poppaea* ausgenommen sind. Die Cognaten bis zum sechsten Grade und noch aus dem siebenten die sobrino sobrinave nati. Die affines sind die Stief- und Schwieger-Eltern und Kinder. Auf welche Bestimmungen der Lex Julia et Papia diese Ausnahmen passen, ist jedoch schwer zu errathen, vielleicht diejenigen, welche die freye Erbeinsetzung ohne Rücksicht auf die Beschränkung jener Gesetze betreffen [98]). Endlich sollen auch 5) die Freygelassenen hinsichtlich der Tutel über die Kinder des Patrons, so wie von dem Rechte der Excusation überhaupt, also

98) Herr von Buchholtz in Vatican. Fragm. ad §. 158. pag. 134. erklärt diese Ausnahmen von der Lex Julia et Papia so, daß die Cognaten bis zum sechsten Grade von der Strafe des Cölibats hinsichtlich der Erwerbung aus letzten Willensverordnungen, die Adfines aber von derselben Strafe, jedoch nur unter der Bedingung, si non orbi essent, befreyt gewesen zu seyn scheinen, weil letztere sonst nicht das Ganze, sondern nur die Hälfte des ihnen Hinterlassenen hätten erhalten können. H. O. App. Rath Schweppe in der Röm. Rechtsgeschichte und Rechtsalterthüm. §. 430. S. 621. (der 2. sehr verm. Ausg. Göttingen 1826.) bezieht hingegen die Ausnahmen bey den Adfines auf die Lex Julia iudiciorum publicorum, und erklärt sie von denjenigen, welche nach dieser Lex von Zeugniß befreyt sind. S. die *L. 4. D. de testib.* Man vergleiche auch die Recension des Herrn Prof. Zimmern in den Erlanger Jahrbüchern der gesammt. deutschen jurist. Literatur 1. B. 1. Heft. S. 87. von der oben angef. Diss. des Herrn von Buchholtz, und Desselben Gesch. 1. Th. S. 913. Not. 37.

auch von der potioris nominatio ausgeschlossen seyn. Die hierher gehörigen vorzüglichsten Stellen aus den Vaticanischen Fragmenten sind folgende.

§. 157. Tunc demum excusandus est, qui prius datus fuerat, si is, quem nominaverit, et *potior necessitudine, et idoneus re fideque, vel absens reprehendatur* [99]).

§. 158. Item. *Pars orationis Imperatoris* Severi [100]): promiscua facultas potioris nominandi, nisi intra certos fines cohibeatur, ipso tractu temporis pupillos fortunis suis privabit: cui rei obviam ibitur, Patres Conscripti, si censueritis, ut collegae patris sive pupilli [1]) in decuria vel cor-

99) Für deprehendatur. Die bloße Nachbarschaft machte an sich noch keinen tauglicher. *Fr. Vatic.* §. 158. *in fin.* S. *de* Buchholtz Fr. Vatic. ad h. §. pag. 135 sq.

100) Höchst wahrscheinlich ein Theil derselben *Oratio* Septimii Severi, welche auch der promiscua facultas tutorum et curatorum alienandi res eorum, qui sub tutela vel cura sunt, gewisse Grenzen gesetzt hat, von welcher Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt*, (XXVII. 9.) auch nur einen Theil giebt, wie aus dem Anfange Praeterea deutlich erscheint. S. Zimmern Gesch. 1. B. §. 242. S. 911. a. E. und S. 912.

1) Bey den Decurialibus sowohl, als den privilegirten städtischen Zünften, welche man corporati vel collegiati urbis Romae nannte, wurden die Söhne schon gleich von ihrer Geburt an als Mitglieder der Curie oder des Collegiums angesehen. Sie werden Curiae subiecti, Collegio obnoxii genennt. *L.* 14. *C. Th. de Decurionib. L.* 55. *C. Just. eod. L.* 1. *L.* 19. *L.* 35. *C. Th. de Navicular.* S. Roth de re municipali Romanor. Lib. II. Cap. II. § 9. pag. 68. *de* Buchholtz Vatican. Fragm. ad §. 158.

pore, item cognati vel affines utriusque necessitudinis, *qui lege Julia et Papia excepti sunt*, potiorem non nominent: ceteri cognati vel adfines amicive atque municipes eos tantummodo nominent, quos supra complexus sum.

§. 159. *Impp. nostri Aelio Diodoto.* Tutores *secundum patris voluntatem*, *decreto Praetoris* c. v. quod non iure testamento, vel codicillis dati fuerant, *confirmatos*, potiores nominare posse non arbitramur. *Nam iudicium patris*, *licet iure deficiat*, *servandum est.*

§. 211. Item. Ne hi quidem possunt, quos Praetor confirmavit *testamento designatos*, ut Imperator noster *Diodoto* Praetori rescripsit. Proinde *si a matre fuerint designati*, an potiores nominare possint, quaeri potest? Et puto eos nominare posse: nam de iis tantum rescriptum est, *qui a patre erant designati.*

§. 212. Nominare autem potiores non possunt *in primipilaris filio*, ut *divus* Severus constituit.

§. 213. Licet autem patris appellatio in Oratione latius sit accipienda, tamen circa *primipilares* hoc iure utimur, ut *filio primipilaris* dentur soli [2]), *nec etiam nepoti.*

§. 214. Sed nec *cognati* vel *adfines* possunt

pag. 134. Vergl. auch den 31. Th. dieses Commentars. §. 1355. n. S. 460.

2) *Dentur soli* i. e. tutores dentur soli filio primipilaris, hi enim tantum potioris nominandi facultatem non habent.

nominare potiores: sed ut *oratione* expressum est, *hi soli, qui lege Julia Papiave* excepti sunt.

§. 215. Proinde si quis *cognatus alterutra lege exceptus est*, sicut *Diodoto* Praetori est rescriptum, potiorem nominare non poterit: nec potiorem poterit nominare *adfinis, qui alterutra lege exceptus est.*

§. 216. Excipiuntur autem *lege* quidem *Julia* cognatorum *sex gradus* et ex septimo sobrino sobrinave natus: sed et nata per interpretationem: item, qui in horum potestate sunt, quaeve in matrimonio, vel hi, qui supra scriptarum personarum hoc gradu nos contingentium mariti sunt: item eorum, qui in potestate nostra cognati contingentes eos ea cognatione, quae septimum gradum non excedit.

§. 217. Item. Nuptarum nobis cognati [3]) a nobis *usque ad sextum gradum* vel nostri cognati ab uxoribus nostris *excepti sunt.*

§. 218. *Lege* autem *Papia* [4]) hi affines exci-

3) Daß die nuptarum nobis cognati nichts anders als unsere affines sind, hat keinen Zweifel; allein wenn Herr von Buchholtz in Vatican. Fragm. pag. 165. die nach dem Wort cognati befindliche Lücke durch die Worte *a nobis usque ad sextum gradum — excepti sunt*, ergänzt; so hat Herr Prof. Dr. Fried. Adolph Schilling in den Bemerkungen über Röm. Rechtsgeschichte. (Leipzig 1829.) S. 305 f. Not. 830. nicht ohne Grund dagegen erinnert, daß die Ausdehnung der Ausnahme bis auf den sechsten Grad der Affinität die Analogie des § 302. und der von ihm zu diesem § angeführten Gesetze gegen sich habe.

4) In der Lex Papia waren jedoch höchst wahrscheinlich nicht

piuntur, qui *vir et uxor*, *et gener et nurus*, *et socer* et *socrus* unquam fuerunt.

§. 219. Et *vitricus* et *noverca*, et *privignus* et *privigna* [5]), vel ipsorum, vel eorum, qui in eorum potestate fuerunt.

§. 160. Item. Libertus, sicut excusare se a tutelis, *ita nec potiorem nominare potest.*

Weder dem testamentarischen Vormunde, wenn er vom Vater selbst ernannt war, noch dem legitimus tutor stand also die potioris nominatio zu [6]). Der obrigkeitlich berufene tutor aber hatte die Wahl, ob er sich excu-

blos affines, sondern auch cognati ausgenommen, wie auch Herr Prof. Dr. Schilling a. a. O. S. 306 bemerkt hat, und sich schon aus der diesem Gesetz angehörigen Bestimmung abnehmen läßt, daß unter Ehegatten alsdann das solidi capiendi ius Statt finden sollte, wenn sie sich als Verwandte bis zum sechsten Grade geheyrathet hätten. Ulpian. *Fragm. Tit. XVI.* §. 1 Die Ausnahmen der Lex *Julia* und der Lex *Papia*, welche in den Vaticanischen Fragmenten durch die Worte *alterutra lege* §. 215. und die Trennung der Lex *Julia* von der Lex *Papia* §. 216. und §. 218. deutlich unterschieden werden, scheinen sich also auf die Verschiedenheit des Gegenstandes bezogen zu haben, indem sich die der L. *Julia* auf die Strafen der Ehelosigkeit, die der L. *Papia* aber auf die Strafen der Kinderlosigkeit beziehen. S. Gajus *Institut. Comm. II.* §. 286. und Schilling S. 306. Not.

5) S. *Vatican. Fragm.* §. 302. und *L.* 14. §. 4. *D. de ritu nupt.*

6) Die Gründe entwickeln *de* Buchholtz cit. Excurs. II. pag. 327. und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 242. Not. 23. S. 911.

firm oder der potioris nominatio bedienen wollte. Hatte er den Weg der Excusation eingeschlagen, aber auf demselben seinen Zweck nicht erreicht; so konnte er noch immer zur potioris nominatio seine Zuflucht nehmen, wenn es noch Zeit war; hatte er aber einmal den letztern Weg betreten, so stand ihm nun der Weg zur Excusation nicht mehr offen, weil man die potioris nominatio für ein stillschweigendes Geständniß hielt, daß es dem Vormunde an gesetzlicher Excusation fehle, wie aus folgenden Stellen der Vaticanischen Fragmente erhellet, welche wahrscheinlich aus Ulpian genommen sind.

§. 206. An is, qui se voluit excusare, nec obtinuit, postea *potiores nominare possit*, quaeritur? Et magis est, *ut possit*, si dierum tempora patiantur.

§. 207. Licet is, qui tutor datus est, et excusare se, et non recepta excusatione potiores nominare potest, si tempora dierum patiantur; *tamen si velit potiores nominare, postea ad excusationem transire non potest.* Nam confitentis est, nullam se excusationem habere, cum potiores nominaverit: nec ferendus est, si dicat, se sine praeiudicio hoc facere.

§. 242. Scio tamen quosdam, cum per errorem ad potiorum nominationem prosilissent, haud impetrasse, *ut deserto iure potiorum* [7]) *ad excusationem se converterent.*

Da die potioris nominatio an die Stelle der Excusation trat; oder auch selbst als eine Art der Excusation

7) *Potiorum* sc. nominandorum. S. *de* Buchholtz Vatican. Fragm. ad §. 242. pag. 184.

angesehen werden konnte [8]); so mußte sie auch innerhalb derselben 50 Tage geschehen, binnen welcher auch das ius excusandi ausgeübt werden mußte. Ward der als potior in Vorschlag gebrachte verworfen, so konnte der Berufene, wenn jene Frist noch nicht verstrichen war, noch einen andern vorschlagen.

§. 164. Si quis eos, quos potiores nominavit, non probaverit, *si adhuc intrà quinquagesimum diem est*, alios potiores potest nominare.

Binnen dieser Zeit, welche vom Augenblick der Wissenschaft des Anfalls ihren Lauf begonn, mußte nun der nominator nach einem Rescript des Kaisers Marcus [9]) bey dem Magistrat, welcher den Vormund berufen hatte, einen Libell pro tribunali oder auch de plano, jedoch in vierfacher Abschrift (libellos quaternos) [10]) einreichen, und darin nicht nur die Qualität des nominatus genau bezeichnen, um dadurch das Recht darzuthun, mit welchem er denselben, als einen potior, in Vorschlag gebracht habe [11]), sondern auch darauf antragen, daß der Vorgeschlagene sogleich vorgeladen werde. Stand derselbe unter

8) S. *de* Buchholtz Excurs. II. ad Vatican. Fragment. pag. 332. sq.

9) *Vatic. Frag.* §. 210.

10) *Fr. Vatic.* §. 167. *et* §. 210. Ein Formular steht §. 166.

11) *Fr. Vatic.* §. 110. Hatte der nominator bey Angabe der Eigenschaft des nominati etwas versehen, so konnte er nach einer Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus Caracalla den Fehler verbessern, es mußte nur innerhalb derselben 50 Tage geschehen, binnen welcher ein potior ernannt werden konnte, wie in eben diesem §. 210. gesagt wird.

seiner Jurisdiction, so konnte der nominator ihn auch wohl ex auctoritate magistratus selbst auffordern, vor Gericht zu erscheinen [12]); war er hingegen einer fremden Gerichtsobrigkeit unterworfen, so mußte der nominator ein Schreiben des Magistratus an diese Gerichtsobrigkeit auswirken, damit diese dem nominatus das Erscheinen auflege [13]). Das Schreiben sowohl, als das Rückschreiben hatte der nominator selbst zu befördern, und dem nominatus vorzuzeigen, wozu auch hier auf eine Tagereise 20 Meilen gerechnet wurden [14]). Der nominatus konnte sich nun entweder excusiren [15]), oder auch nach einer Verordnung des Kaisers Antoninus Caracalla einen andern potior in Vorschlag bringen [16]). Das Eine, wie das Andere mußte jedoch binnen der gesetzlichen Excusationsfristen geschehen [17]). Der Vorgeschlagene konnte aber auch binnen dieser Frist seine behauptete bessere Qualität bestreiten [18]), in welchem Falle dem nominator der Beweis oblag. Konnte nun derselbe beweisen, daß der nominatus die behaupteten bessern Eigenschaften wirklich be-

12) *Fr. Vatic.* §. 167.

13) *Fr. Vatic.* §. 162. S. *de* Buchholtz ad h. §. pag. 137.

14) *Vatic. Fr.* §. 162. 163. et 165.

15) *Arg.* §. 208. *Fr. Vatic.* S. *de* Buchholtz Excurs. II. pag. 331. und Schweppe Röm. Rechtsgesch. §. 430. S. 622. Anderer Meinung ist jedoch Zimmern in der Gesch. des Röm. Pr. Rechts 1. B. §. 242. S. 913.

16) *Fr. Vatic.* §. 206.

17) *Fr. Vatic.* §. 209. Is, qui potior nominatus est, ad omnia haec *dies eos* habebit, quos habent ii, *qui prius dati sunt*, ut eodem rescripto declaratur. S. *de* Buchholtz ad h. §. pag. 160.

18) *Fr. Vatic.* §. 206. S. Zimmern a. a. O.

sitze, so machte sich dieser nach einem Reskript der Kaiser Severus und Antoninus Caracalla sowohl der Wohlthat der Excusation, als des Rechts einen andern zu nominiren verlustig [19]), und er konnte nun, ohne daß einer Appellation Statt gegeben wurde, zur Uebernehmung der Vormundschaft genöthiget werden [20]). Ob die potioris nominatio auch bey der Curatel zulässig gewesen sey, wird zwar in den Vaticanischen Fragmenten nicht ausdrücklich gesagt; es läßt sich aber doch deswegen nicht geradezu bezweifeln, zumal da die Curatel immer von der Obrigkeit übertragen wurde, und kein Grund abzusehen ist, warum nicht auch die cura durch potioris nominatio habe abgewendet werden können [21]). Ueberdem ging ja die oratio *divi* Severi de praediis minorum non alienandis, von welcher die oratio *Severi* de potioribus nominandis nur ein Theil war, sowohl auf tuto-

19) *Fragm. Vatic.* §. 208. Is, qui potior nominatus est, si quidem *negat*, se esse in ea coniunctione, amplius nominare potiorem non potest: convictus ne excussre se quidem poterit, et ita est rescripto *ad Herodianum* de excusatione insertum. Das hier angeführte Reskript scheint das nämliche zu seyn, dessen auch §. 191. und §. 247. gedacht wird. S. *de* Buchholtz ad §. 208. pag. 160. und Excurs. II. ad Vatic. Fragm. pag. 331.

20) *L.* 1. §. 1. *D. Quando appelland. sit.* (XLIX. 4.) *L.* 2. *D. Si tutor. vel curat.* (XLIX. 10.) S. *de* Buchholtz Exc. II. ad Vat. Fragm. pag. 331.

21) Eben dieser Meinung sind auch Wenck in der Leipziger Litteratur-Zeitung vom Jahr 1824. Nr. 17. Zimmern in der Gesch. des R. Pr Rechts. 1. B. §. 242. S. 912. und in den Erlanger Jahrbüchern der juristischen Litteratur 1. B. 1. Hft. S 86. f. und *de* Buchholtz Fragm. Vat. Excurs II. pag. 333.

res als curatores [22]), ja die Interpretation fand sogar keinen Anstand zur Ausdehnung auf furiosi [23]). Es ließe sich auch vielleicht noch ein Beweis aus den Worten *curae destinati* in dem §. 211. der Vaticanischen Fragmente, und aus der Constitution der Kaiser Valentinian, Gratian und Theodosius in der *L.* 12. *C. Qui dare tutores vel curatores possunt* (V. 34.) hernehmen, in welcher es heißt:

Curator adolescenti ordinatus, post inchoatam litem non potest *sub praetextu specialis curatoris a se nominati* — ab administratione se subtrahere.

Warum diese so ausgebildete Theorie im Justinianischen Recht verschwunden sey, davon lassen sich mancherley Gründe angeben. So sehr man auch die promiscua potioris nominandi facultas zu beschränken bemüht war, so lehrte doch die Erfahrung, daß die potioris nominatio dem Pupillen auch selbst in ihrer beschränkten Weise noch immer Nachtheil brachte. Hiernächst ward auch die Bestellung der Vormünder allmählig mehr unmittelbare Pflicht und Sorge des Staats, so daß die Obrigkeit selbst schon für solche Vormünder sorgte, welche nicht leicht durch bessere und tauglichere ersetzt werden konnten. Endlich machte auch die unter den Kaisern sehr vermehrte Zahl der Excusationen den Gebrauch der potioris nominatio schon darum selten, weil doch immer das Excusationsrecht darin vorzüglicher war, daß es den Excusirten aller weitern Gefahr aus der Tutel überhob, während der nominator für die Verwaltung des nominati tutoris verantwortlich blieb, und actione tutelae subsidiaria belangt

22) *L.* 1. § 2. *D. de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt.*

23) *L.* 8. § 1. *D. eodem.*

angesehen werden konnte [8]); so mußte sie auch innerhalb derselben 50 Tage geschehen, binnen welcher auch das ius excusandi ausgeübt werden mußte. Ward der als potior in Vorschlag gebrachte verworfen; so konnte der Berufene, wenn jene Frist noch nicht verstrichen war, noch einen andern vorschlagen.

§. 164. Si quis eos, quos potiores nominavit, non probaverit, *si adhuc intrà quinquagesimum diem est*, alios potiores potest nominare.

Binnen dieser Zeit, welche vom Augenblick der Wissenschaft des Anfalls ihren Lauf begonn, mußte nun der nominator nach einem Rescript des Kaisers Marcus [9]) bey dem Magistrat, welcher den Vormund berufen hatte, einen Libell pro tribunali, oder auch de plano, jedoch in vierfacher Abschrift (libellos quaternos) [10]) einreichen, und darin nicht nur die Qualität des nominatus genau bezeichnen, um dadurch das Recht darzuthun, mit welchem er denselben, als einen potior, in Vorschlag gebracht habe [11]), sondern auch darauf antragen, daß der Vorgeschlagene sogleich vorgeladen werde. Stand derselbe unter

8) S. *de* Buchholtz Excurs. II. ad Vatican. Fragment. pag. 332. sq.

9) *Vatic. Frag.* §. 210.

10) *Fr. Vatic.* §. 167. *et* §. 210. Ein Formular steht §. 166.

11) *Fr. Vatic.* §. 110. Hatte der nominator bey Angabe der Eigenschaft des nominati etwas versehen, so konnte er nach einer Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus Caracalla den Fehler verbessern, es mußte nur innerhalb derselben 50 Tage geschehen, binnen welcher ein potior ernannt werden konnte, wie in eben diesem §. 210. gesagt wird.

seiner Jurisdiction, so konnte der nominator ihn auch wohl ex auctoritate magistratus selbst auffordern, vor Gericht zu erscheinen [12]); war er hingegen einer fremden Gerichtsobrigkeit unterworfen, so mußte der nominator ein Schreiben des Magistratus an diese Gerichtsobrigkeit auswirken, damit diese dem nominatus das Erscheinen auflege [13]). Das Schreiben sowohl, als das Rückschreiben hatte der nominator selbst zu befördern, und dem nominatus vorzuzeigen, wozu auch hier auf eine Tagereise 20 Meilen gerechnet wurden [14]). Der nominatus konnte sich nun entweder excusiren [15]), oder auch nach einer Verordnung des Kaisers Antoninus Caracalla einen andern potior in Vorschlag bringen [16]). Das Eine, wie das Andere mußte jedoch binnen der gesetzlichen Excusationsfristen geschehen [17]). Der Vorgeschlagene konnte aber auch binnen dieser Frist seine behauptete bessere Qualität bestreiten [18]), in welchem Falle dem nominator der Beweis oblag. Konnte nun derselbe beweisen, daß der nominatus die behaupteten bessern Eigenschaften wirklich be-

12) *Fr. Vatic.* §. 167.

13) *Fr. Vatic.* §. 162. S. *de* Buchholtz ad h. §. pag. 137.

14) *Vatic. Fr.* §. 162. 163. et 165.

15) *Arg.* §. 208. *Fr. Vatic.* S. *de* Buchholtz Excurs. II. pag. 331. und Schweppe Röm. Rechtsgesch. §. 430. S. 622. Anderer Meinung ist jedoch Zimmern in der Gesch. des Röm. Pr. Rechts 1. B. §. 242. S. 913.

16) *Fr. Vatic.* §. 206.

17) *Fr. Vatic.* §. 209. Is, qui potior nominatus est, ad omnia haec *dies eos* habebit, quos habent ii, *qui prius dati sunt*, ut eodem rescripto declaratur. S. *de* Buchholtz ad h. §. pag. 160.

18) *Fr. Vatic.* §. 206. S. Zimmern a. a. O.

sitze, so machte sich dieser nach einem Rescript der Kaiser Severus und Antoninus Caracalla sowohl der Wohlthat der Excusation, als des Rechts einen andern zu nominiren verlustig [19]), und er konnte nun, ohne daß einer Appellation Statt gegeben wurde, zur Uebernehmung der Vormundschaft genöthiget werden [20]). Ob die potioris nominatio auch bey der Curatel zuläßig gewesen sey, wird zwar in den Vaticanischen Fragmenten nicht ausdrücklich gesagt; es läßt sich aber doch deswegen nicht geradezu bezweifeln, zumal da die Curatel immer von der Obrigkeit übertragen wurde, und kein Grund abzusehen ist, warum nicht auch die cura durch potioris nominatio habe abgewendet werden können [21]). Ueberdem ging ja die oratio *divi* Severi de praediis minorum non alienandis, von welcher die oratio *Severi* de potioribus nominandis nur ein Theil war, sowohl auf tuto-

19) *Fragm. Vatic.* §. 208. Is, qui potior nominatus est, si quidem *negat*, se esse in ea coniunctione, amplius nominare potiorem non potest: convictus ne excusare se quidem poterit, et ita est rescripto *ad Herodianum* de excusatione insertum. Das hier angeführte Rescript scheint das nämliche zu seyn, dessen auch §. 191. und §. 247. gedacht wird. S. *de* Buchholtz ad §. 208. pag. 160. und Excurs. II. ad Vatic. Fragm. pag. 331.

20) *L.* 1. §. 1. *D. Quando appelland. sit.* (XLIX. 4.) *L.* 2. *D. Si tutor, vel curat.* (XLIX. 10.) S. *de* Buchholtz Exc. II. ad Vat. Fragm. pag. 331.

21) Eben dieser Meinung sind auch Wenck in der Leipziger Litteratur-Zeitung vom Jahr 1824. Nr. 17. Zimmern in der Gesch. des R. Pr Rechts. 1. B. §. 242. S. 912. und in den Erlanger Jahrbüchern der juristischen Litteratur 1. B. 1. Hft. S 86. f. und *de* Buchholtz Fragm. Vat. Excurs II. pag. 333.

res als curatores [22]), ja die Interpretation fand sogar keinen Anstand zur Ausdehnung auf furiosi [23]). Es ließe sich auch vielleicht noch ein Beweis aus den Worten *curae destinati* in dem §. 211. der Vaticanischen Fragmente, und aus der Constitution der Kaiser Valentinian, Gratian und Theodosius in der *L.* 12. *C. Qui dare tutores vel curatores possunt* (V. 34.) hernehmen, in welcher es heißt:

Curator adolescenti ordinatus, post inchoatam litem non potest *sub praetextu specialis curatoris a se nominati* — ab administratione se subtrahere.

Warum diese so ausgebildete Theorie im Justinianischen Recht verschwunden sey, davon lassen sich mancherley Gründe angeben. So sehr man auch die promiscua potioris nominandi facultas zu beschränken bemüht war, so lehrte doch die Erfahrung, daß die potioris nominatio dem Pupillen auch selbst in ihrer beschränkten Weise noch immer Nachtheil brachte. Hiernächst ward auch die Bestellung der Vormünder allmählig mehr unmittelbare Pflicht und Sorge des Staats, so daß die Obrigkeit selbst schon für solche Vormünder sorgte, welche nicht leicht durch bessere und tauglichere ersetzt werden konnten. Endlich machte auch die unter den Kaisern sehr vermehrte Zahl der Excusationen den Gebrauch der potioris nominatio schon darum selten, weil doch immer das Excusationsrecht darin vorzüglicher war, daß es den Excusirten aller weitern Gefahr aus der Tutel überhob, während der nominator für die Verwaltung des nominati tutoris verantwortlich blieb, und actione tutelae subsidiaria belangt

22) *L.* 1. §. 2. *D. de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt.*

23) *L.* 8. §. 1. *D. eodem.*

werden konnte[24]). So geschahe es denn, daß die potioris nominatio, ohne daß sie gerade durch ein ausdrückliches Gesetz abgeschafft wurde, nach und nach außer Gebrauch kam.

24) S. Schrader in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft. 1. Band. (Tübingen 1826.) S. 180. Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts. 1. B. §. 242. S. 944. und *de* Buchholtz Vatic. Fragm. Excurs. II. pag. 333. sq.

Lib. XXVII. Tit. II.

Ubi pupillus educari vel morari debeat, et de alimentis ei praestandis.

§. 1359.

1) Erziehung des Mündels, und gesetzliche Bestimmungen darüber.

Zu den Pflichten des Vormundes, welche die Person des Mündels betreffen, gehört nicht nur die Sorge für die Erziehung, und sittliche sowohl als wissenschaftliche Bildung desselben, sondern auch die Sorge für anständige Verpflegung und Unterhalt, mit Bestimmung der dazu erforderlichen Kosten [25]). Von beyden wird vereint in diesem Titel gehandelt, welche im Codex getrennt, in zwey verschiedenen Titeln Lib. V. Tit. 49. und 50. vorgetragen werden.

25) *Paul.* Montanus de iure tutelar. et curation. Cap. XXXII. Reg. IX. nr. 218—261. *Hug.* Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 12. §. 4. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. (*Opp.* Tom. II. pag. 571. sq.) *Jo.* Voet Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. und Burchardi gemeinrechtliches Erziehungsrecht, in dem Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeben von den HH. von Löhr, Mittermaier und Thibaut. 8. Band. S. 161—190.

Soviel nun I. die Erziehung des Mündels betrifft, so kann zwar Vormundschaft und Erziehungsrecht allerdings in einer Person vereinigt seyn, dieß ist z. B. der Fall, wenn, was freylich selten geschehen wird, der Vater über sein emancipirtes unmündiges Kind, oder die Mutter, nach dem Tode des Vaters, über ihre unmündigen Kinder die Vormundschaft übernimmt; allein gewöhnlich ist die Erziehung von der Vormundschaft getrennt. Daher soll die Obrigkeit darüber entscheiden, wo und von wem der Pupill erzogen werden soll, und dieser machen es die Gesetze zur Pflicht, bey der Wahl des Erziehers die Vorsicht zu gebrauchen, daß weder für Leben noch Sittlichkeit des Mündels etwas von demselben zu befürchten sey, wie aus folgenden Gesetzstellen zu ersehen ist.

L. 1. *pr. D. h. t.* Ulpianus *libro XXXIV. ad Edictum.* Solet Praetor frequentissime adiri, ut constituat, ubi filii vel alantur, vel morentur, non tantum in postumis, verum omnino in pueris. §. 1. Et solet ex persona, ex conditione, et ex tempore statuere, ubi potius alendus sit, et nonnunquam a voluntate patris recedit Praetor. Denique cum quidam testamento suo cavisset, ut filius apud substitutum educaretur, Imperator Severus rescripsit, Praetorem aestimare debere, praesentibus ceteris propinquis liberorum. *Id enim agere praetorem oportet, ut sine ulla maligna suspicione alatur partus, et educetur.*

L. 5. *D. h. t.* Ulpianus *libro III. de officio Proconsulis.* Si disceptetur, ubi morari, vel ubi educari pupillum oporteat, causa cognita id Praesidem statuere oportebit. *In causae cognitione evitandi sunt, qui pudicitiae impuberis possunt insidiari.*

L. 2. C. Ubi pupilli educari debeant. Impp. Diocletian. et Maximian. AA. et CC. Gratae. Utrum nepos tuus [26]) ex filia apud te, an apud patruum suum morari debeat, ex singulorum affectione, et *qui magis ad suspicionem ex spe successionis proprior sit*, aestimabitur.

Das römische Recht macht daher seine legitima tutela dadurch unschädlich, daß es die Erziehung des Pupillen davon absondert. Denn so wenig auch die Gesetze von dem künftigen Intestaterben für das Vermögen des Mündels etwas befürchten durften, indem schon, um seines eignen Vortheils willen, nicht zu besorgen war, daß er zu leichtsinnigen Veräusserungen oder Versprechungen seine Auctorität interponiren werde; so bedenklich schien es ihnen doch für das Leben des Mündels, dem nächsten Intestaterben aufs Geradewohl die Erziehung desselben bey sich anzuvertrauen. Man sieht hieraus, wie unrichtig der große Cujaz [27]) von der Tutel auf das Erziehungsrecht argumentirt; Ulrich Huber [28]) hat ihn deshalb mit Recht widerlegt. Der Vormund ist also eben so wenig berechtiget, sich darum, weil er Vormund ist, auch die Erziehung des Mündels anzumaßen, als er verpflichtet ist, den Pupillen bey sich selbst aufzunehmen und zu erziehen. Es steht nicht einmal in der Macht des Vor-

26) Die Lesart *posthumus* statt nepos tuus bey Halvander ist offenbar unrichtig, und hat Codices, Ausgaben, und die *Basilica* (Tom. V. pag. 57. in fin.) gegen sich, wie schon Dirksen in den civilist. Abhandlungen 2. B. S. 455. bemerkt hat.

27) Observation. Lib. VI. cap. 29.

28) Digression. Justinian. P. I. Lib. III. Cap. 5. §. 3. pag. 183. sq.

mundes, über die Erziehung des Mündels eigene Verfügungen zu treffen, diese muß er der Obervormundschaft überlassen. Aber auch die Obrigkeit hat hierin nicht ganz freye Hand. Hat nämlich der Vater in seinem Testamente den Erzieher seiner Kinder ausersehen, so ist eine solche väterliche Verfügung soviel möglich zu befolgen, wenn gegen die Person desselben nichts einzuwenden ist [29]; und die Obrigkeit kann nur aus Gründen davon abgehen, wenn sie bey näherer Erkundigung und Prüfung für bedenklich findet, es dabey zu lassen [30]. Daher sagt Pomponius [31] *Lib. VIII. ad Quintum Mucium.* Nec tamen semper voluntas eius aut iussum conservari debet, veluti si Praetor doctus sit, non expedire pupillum eo morari, ubi pater iusserit, propter vitium, quod pater forte ignoravit in eis personis esse, apud quas morari iussit. Hier muß der Obrigkeit das Beste des Pupillen heiliger seyn, als der Buchstabe des Testaments, wie Tryphoninus [32] sich ausdrückt. Hat der Vater über die Erziehung seiner Kinder nichts verfügt; so darf die Obrigkeit derselben Mutter nicht übergehen. Dieser gebührt, wenn sie nicht unfähig ist, auch nicht zur andern Ehe schreitet, vor allen Andern die Erziehung ihrer Kinder. Machen ihr jedoch die Verwandten oder die Vormünder selbst diesen Vorzug streitig, so muß der Rich-

29) *L.* 16. *pr. et* §. 1. *D. de curator. furios.* (XXVII. 10) Montanus c. l. nr. 234. Noodt c. l. §. 1. Voet h. t. §. 1.

30) *L.* 1. §. 1. *D. t. t. L.* 8. *L.* 9. *L.* 10. *D. de confirm. tut.*

31) *L.* 7. *circ. med. D. de annuis legat.* (XXXIII. 1.)

32) *L.* 10. *D. de confirm. tut.*

ter diesen Streit nach gehöriger Untersuchung der Sache entscheiden. Es gehört hieher die Constitution des K. Alexander an den Dionysiodorus *L.* 1. *C. Ubi pupilli educari deb.*

Educatio pupillorum tuorum nulli magis, *quam matri eorum*, si non vitricum eis induxerit, committenda est. Quando autem inter eam, et cognatos, et tutores super hoc orta fuerit dubitatio: aditus Praeses provinciae, inspecta personarum qualitate et coniunctione, perpendet, ubi puer educari debeat. Sin autem aestimaverit, apud quem educari debeat: is necessitatem habebit hoc facere, quod Praeses iusserit.

Nach dem Röm. Rechte soll also die Mutter die Erziehung ihrer Kinder verlieren, wenn sie denselben einen Stiefvater zuführt, jedoch nimmt man den Fall aus, wenn die Mutter den Vormund ihrer Kinder selbst heyrathet [33]). Allein h. z. T. pflegt der Mutter wegen der zweyten Ehe die Erziehung ihrer Kinder nicht leicht genommen zu werden; jedoch kommt es auf die Umstände an, wie ich schon an einem andern Orte gezeigt habe [34]).

33) *L. ult. C. de contrario iudic. tut. L.* 2. *C. de interdicto matrim.* S. Noodt Comm. ad h. t. §. 1. pag. 571. und *Ulr.* Huberi praelection. ad Pand. h. t. §. 2. Man vergleiche auch den 29. Th. § 1301. a. S. 120 ff.

34) S. den 24. Th. §. 1217. S. 206. Hiermit stimmen auch mehrere deutsche Particularrechte überein, z. B. das allgem. bürgerliche Gesetzbuch für Oesterreich. 1. Th. 4. Hptst. §. 218. das allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 18. Tit. §. 317. und das Baierische Landrecht. 1. Theil. 7. Kap. §. 11. Man vergl. noch Mittermaiers Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts §. 372.

Ist das zu erziehende Kind ein Adoptivkind des verstorbenen Vaters, so ist es nicht die Frau des verstorbenen Adoptivvaters, sondern die leibliche Mutter des Kindes, welcher die Erziehung desselben gebührt, weil das mütterliche Verhältniß durch die Adoption nicht geändert wird [35]). Es wird jedoch überall vorausgesetzt, daß die Mutter einen ehrbaren Lebenswandel führe, weil einer ausschweifenden Mutter die Erziehung der Kinder, ohne Gefahr, durch ihr Beyspiel verführt zu werden, nicht anvertraut werden kann [36]).

Ist gar keine, oder doch keine solche Mütter vorhanden, der die Erziehung anvertraut werden kann; so kann die Obrigkeit unter den übrigen Verwandten des Pupillen den Erzieher wählen, wenn sich dazu fähige Personen unter diesen Verwandten finden. Es müssen nur unverdächtige Personen seyn, von denen keine Gefahr für den Pupillen zu befürchten ist [37]). Daher braucht auch hier der Richter nicht gerade die Nähe des Grades der Verwandtschaft zu berücksichtigen, weil sich von der Ordnung der Delation der Tutel kein gültiger Schluß auf die Ordnung der Delation des Erziehungsrechts machen läßt [38]). Es kommt auch auf das Geschlecht nicht an [39]). Denn der Groß-

35) *L.* 10. §. 1. *Cod. de adopt.* (VIII. 48.) S. Burchardi angef. Abhandl. im Archiv für die civilist. Praxis. 8. B. S. 168.

36) *Arg. L.* 5. *D. h. t.* S. Montanus Cap. XXXII. Reg. IX. nr. 239. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

37) *L.* 2. *Cod. Ubi pupilli.*

38) S. *Ant.* Perez Praelection. in Cod. Lib. V. Tit. 49. nr. 3. und Burchardi angef. Abh. S. 172.

39) Burchardi S. 173.

mutter kann die Erziehung sogut übertragen werden, als dem Vatersbruder des Pupillen. Es kommt nur darauf an, zu wem der Richter das meiste Vertrauen hat [40]). Sind endlich auch unter den Verwandten keine zur Erziehung fähige Personen vorhanden, so kann der Richter auch fremden Personen die Erziehung übertragen, und zwar ohne Unterschied des Geschlechts. Denn es ist hier nicht von der Tutel selbst, sondern von der davon abgesonderten Erziehung die Rede. Ueberall hat der Richter nur darauf zu sehen, daß die Erzieher ehrbare und unbescholtene Personen sind, bey denen weder für die Sittlichkeit noch für die Religion des Mündels etwas zu befürchten ist [41]).

Noch entsteht die Frage, ob derjenige, welchem vom Testator, oder von der Obrigkeit die Erziehung übertragen worden ist, zur Uebernahme gezwungen werden könne? Ulpian entscheidet diese Frage *libro XXXIV. ad Edictum* [42]) so, daß in der Regel kein Zwang Statt finde, außer in drey Fällen, nämlich wenn der zum Erzieher erwählte ein Freygelaßener, oder ein Blutsfreund, oder Schwager des Pupillen wäre. Ulpian sagt:

Quamvis autem Praetor recusantem apud se educari non polliceatur se coacturum, attamen quaestionis est, an debeat etiam invitum cogere, utputa *libertum*, *parentem*, et *quem alium de affinibus cognatisve?* Et magis est, *ut interdum debeat id facere.*

40) *L.* 2. *Cod. cit.*

41) Burchardi S. 73.

42) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

Sollte aber nicht vielleicht nach der Verordnung des Kaiser Alexander Severus *L. 1. C. Ubi pupilli* der von der Obrigkeit zum Erzieher Ernannte das ihm übertragene Erziehungsgeschäft zu übernehmen, unbedingt genöthiget werden können? Man will es behaupten [43] wegen der letzten Worte der angeführten Verordnung:

Sin autem aestimaverit (sc. Praeses provinciae), apud quem educari debeat: is necessitatem habebit hoc facere, quod Praeses iusserit [44].

Allein da in dieser Verordnung von einem Streite zwischen der Mutter des Pupillen und den übrigen Verwandten desselben die Rede ist, wem die Erziehung zu übertragen sey, welchen der Präses der Provinz, inspecta personarum qualitate et coniunctione, entscheiden soll; so konnte wohl der durch das Decret ernannte Erzieher kein anderer, als einer von den Verwandten, seyn. Es kann also hier nicht füglich eine Abänderung des Pandectenrechts angenommen werden [45]. Weigert sich der Legatar oder der Erbe die ihm im Testament des Erblassers übertragene Erziehung der Kinder desselben zu übernehmen; so macht er sich dessen, was ihm in dieser Rücksicht hinterlassen worden ist, verlustig, denn es ist durch die Uebernahme der Erziehung bedingt. Es gilt hier, wie Ulpian *lib. XXXIV.*

43) Z. B. Burchardi in der angef. Abhandlung S. 186.

44) Die Ausgabe des *Claud.* Chevallonius Paris 1526. 8. liest hier: Si autem existimaverit, apud quem educari debeat, is necessitatem habebit hoc facere, quem praeses iusserit.

45) Mit mir stimmen überein Thibaut Syst. des Pand. Rechts §. 520. S. 397. und Valett Lehrbuch des pract. Pandecten-Rechts. 3. B. (Leipzig 1829.) §. 900.

ad Edictum [46]) sagt, daſſelbe, was oben [47]) von einem teſtamentariſchen Vormunde geſagt wurde, dem ein Vermächtniß im Teſtament hinterlaſſen worden iſt.

Wenn nun aber auch gleich der Vormund ſelbſt die Erziehung ſeines Mündels nicht leitet, ſo kommt ihm doch wenigſtens die Aufſicht darüber zu. Er iſt es, der darauf ſehen muß, daß der Pupill ſeinem Stande und Vermögen gemäß erzogen, und daher ſowohl ſittlich als wiſſenſchaftlich gebildet werde. Er iſt es daher, der den Lehrern ihren verdienten Lohn zahlt, und für die erforderliche Bedienung des Mündels ſorgt, wie Paulus *lib. XXXVIII. ad Edictum* [48]) bemerkt. Er ſagt daſelbſt:

Quum tutor non rebus duntaxat, sed etiam *moribus pupilli praeponatur*, in primis *mercedes praeceptoribus*, *non quas minimas poterit*, *sed pro facultate patrimonii*, *pro dignitate natalium constituet:* alimenta servis, libertisque, nonnunquam

46) *L.* 1. §. 3. *D. h. t.* Certe non male dicetur, si legatarius vel heres educationem recuset testamento sibi iniunctam, denegari ei actiones debere *exemplo tutoris testamento dati.* Quod ita demum placuit, si idcirco sit relictum: ceterum si esset relicturus, etiam si educationem recusaturum sciret, non denegabitur ei actio: et ita *divus* Severus saepissime statuit.

47) S. den §. 1358. S. 116 ff.

48) *L.* 12. §. 3. *D. de administ. et peric. tutor.* Man vergleiche noch beſonders den 30. Theil dieſes Commentars §. 1332. S. 217. ff. Uebrigens hat von dem rechtlichen Verhältniß des Erziehers Burchardi a. a. O. S. 186—190. noch viel Merkwürdiges geſagt, welches um ſo mehr geleſen zu werden verdient, da unſere Quellen über dieſen Punct faſt gar nichts enthalten.

etiam extraneis, si hoc pupillo expediet, praestabit solemnia munera parentibus cognatisque mittet.

Der Richter darf übrigens bey den Bestimmungen über Erziehung des Mündels, besonders wenn es auf die Wahl der Lebensart und des Standes desselben ankommt, den Beyrath der Verwandten des Pupillen nicht vernachlässigen, an welchen ihn die Gesetze ausdrücklich verweisen [49]).

§. 1360.

2) Bestimmungen über die Alimente und Erziehungskosten des Mündels.

II. Der andere Gegenstand dieses Titels betrifft die Festsetzung der Alimente, und sonstigen Erziehungskosten des Mündels. Diesen erschöpfen die *L.* 1. und *L.* 2. dieses Titels in Verbindung mit dem Titel des Codex *de alimentis pupillo praestandis* (V. 50.). Das Ganze läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen.

1) Das Recht die Alimente festzusetzen steht der Obrigkeit, d. h. der obervormundschaftlichen Behörde zu.

L. 3. *pr. D. h. t.* Ulpianus *Libro I. de omnibus Tribunalibus.* Jus alimentorum decernendorum pupillis *Praetori* competit, ut ipse moderetur, quam summam tutores vel curatores ad alimenta pupillis vel adolescentibus praestare debeant.

2) Um nun aber das Maaß der Unterhalts- und Erziehungskosten gehörig zu bestimmen, hat sich die Obrigkeit zuvor genau von dem Vermögensbestande des Pupillen oder Minderjährigen zu unterrichten. Sie kann des-

49) *L.* 1. §. 1. *D h. t.* Praetorem aestimare debere, *praesentibus ceteris propinquis liberorum.*

halb von dem Vormunde verlangen, daß er den Bestand des Vermögens seines Mündels durch Vorlegung des Inventariums nachweise, mit der Bedrohung, daß er von dem, was sich am Vermögen mehr vorfindet, als er angegeben hat, mehr als gewöhnliche Zinsen werde bezahlen müssen.

L. 3. §. 4. *D. h. t.* Sed si non constat, quis modus facultatum sit, inter utorem et eum, qui alimenta decerni desiderat, suscipere debet cognitionem, nec temere alimenta decernere, ne in alterutram partem delinquat. *Prius tamen exigere debet, ut profiteatur tutor, quae sit penes se summa, et comminari, graviores ei usuras infligi eius, quod supra professionem apud eum fuerit deprehensum* [60].

3) Bey Festsetzung der Alimentengelder und Erziehungskosten hat nun der Richter nicht nur Stand, Vermögen und Alter des Mündels oder Pflegbefohlnen zu berücksichtigen, sondern er muß auch darauf sehen, was zu einer diesen Verhältnissen entsprechenden Unterhaltung gehört. Dazu gehört nun aber nicht nur Nahrung, Kleidung, und Wohnung, sondern auch der zur Ausbildung des Pupillen erforderliche wissenschaftliche Unterricht, so

60) Die florentinische Ausgabe hat *comprehensum*. Allein die hier angenommene Lesart *deprehensum*, welche Halvander, Baudoza, Merlinus, Miräus und Beck haben, wird durch die Scholien der Basiliken Tom. V. Sch. k. pag. 59 sq. bestätiget, wo es heißt: βαρυτέρους τόκους αὐτῶν ἀπαιτεῖν τῆς μετὰ τὴν ἀπογραφὴν αὐτοῦ ἐυρισκομένης παρ' αὐτῷ ποσότητος. i.e. *graviores usuras infligi eius quantitatis, quae post inventarium apud eum deprehensa fuerit.*

wie die nöthige Bedienung deſſelben. Hiernach müſſen die Alimentengelder und Erziehungskoſten berechnet werden.

L. 3. §. 2. *D. h. t.* Ante oculos habere debet in decernendo et mancipia, quae pupillis deserviunt, et *mercedes pupillorum* [51]), et *vestem*, et *tectum pupilli* [52]): *aetatem* etiam contemplari, in qua constitutus est, cui alimenta decernuntur.

4) Hat der Vater ſelbſt das Maaß der Alimente beſtimmt, ſo iſt auf dieſe Anordnung zunächſt zu ſehen, und,

51) Statt pupillorum, ohnerachtet in dieſer Lesart Ausgaben und Handſchriften übereinſtimmen, wollen doch mehrere lieber *praeceptorum* leſen, wegen *L.* 12. §. 3. *D. de administr. et peric. tutor.* z. B. *Elbert.* Leoninus Emendation. Lib. III. Cap. 11. nr. 7. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. *Altera tituli pars*, (*Opp.* Tom. II. pag. 571.) Pothier Pandect. Justinian. h. t. Nr. V. not. c. (Tom. II. pag. 139.) und *Bav.* Voorda Thes. controv. Decad. XX. §. 7. Die Basilica Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 2. Const. 3. §. 1. pag. 56. haben nur καὶ τοὺς μισθοὺς, καὶ τὰ στεγονόμια, *et mercedes et pensiones.* Allein man kann die Lesart mercedes *pupillorum* wohl mit *Dionys.* Gothofredus beybehalten, und ſie ſo erklären, mercedes, quae aliis *pro pupillis* praestantur, oder mit *Barn.* Brissonius de Verb. Signif. voc. *Merces*, quae *in disciplinam pupilli* impenduntur. Man ſehe auch Smallenburg ad *Schultingii* Notas ad Dig. Tom. IV. h. t. pag. 472.

52) *L. ult. D. de alimentis et cibar. legatis.* (XXXIV. 1.) *L.* 43. *et* 44. *D. de Verbor. Signific.* wo unter dem Worte *alimenta* oder *victus* alles begriffen wird, quibus tuendi curandive corporis nostri gratia utimur. Daher werden auch Arzeneyen dazu gerechnet. S. *Jo.* Schilter Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVII. §. 164. et 165. und den 28. Th. dieſes Commentars §. 1285. S 52 u. 53.

sofern sie zweckmäßig ist, allerdings zu befolgen. Uebersteigen jedoch die Alimente das Vermögen, so können sie von der Obrigkeit ermäßiget werden, und der Vormund macht sich verantwortlich, wenn er ohne deren Beyrath und Minderung den Willen des Vaters befolgt.

L. 2. §. 3. *D. h. t.* Ulpianus *libro XXXVI. ad Edictum.* Sed si pater statuit alimenta liberis, quos heredes scripserit, ea praestando, tutor reputare poterit, nisi forte ultra vires facultatum statuerit: tunc enim imputabitur ei, cur non adito Praetore desiderarit alimenta minui.

Hätte jedoch der Vater selbst über die Alimente nichts Gewisses verfügt, sondern die Bestimmung derselben dem Ermessen eines Dritten überlassen, so braucht sich der Vormund damit nicht zu begnügen, sondern er kann selbst mit Beyrath der Obrigkeit bestimmen, wie viel nach den Vermögensumständen und wahren Bedürfnissen des Mündels aufzuwenden sey.

L. 47. §. 1. *D. de admin. et peric. tutor. et curat.* Scaevola *libro II. Responsorum.* Quantum autem filio meo diurnum sufficiat, Marina et Januaria aestimabunt. Quaero: an contenti esse debeant tutores arbitrio mulierum? Respondi: *sumtum boni viri arbitrio faciendum.*

5) Hat die Obrigkeit das Maaß der Alimente festgesetzt, so muß zwar der Vormund diese Anordnung befolgen. Sollte jedoch die Obrigkeit zu viel oder zu wenig für Unterhalt und Erziehung des Mündels ausgesetzt haben, weil der Vormund den Vermögensbestand nicht angegeben hatte; so ist der Vormund an eine solche Verfügung der Obrigkeit nicht gebunden, wenn derselbe, wie zuweilen

der Fall seyn kann, die Vermögensverhältnisse des Pupillen, ohne desselben Nachtheil, nicht offenbaren durfte. Hier ist nun zwar dem Vormunde die alleinige Bestimmung der Alimenten und Erziehungskosten zu überlassen, jedoch darf auch er das Maaß nicht überschreiten, welches ihm die Standes- und Vermögensverhältnisse des Pupillen zu beobachten gebieten. Es ist also auch hierbey das richterliche Ermessen nicht auszuschließen. Soviel muß aber immer dem Vormunde in der Rechnung passiren, als er dem Stande und Vermögen gemäß auf die Erziehung des Mündels verwandt hat.

L. 2. *pr. D. h. t.* Officio iudicis, qui tutelae cognoscit, congruit, *reputationes tutoris non improbas* [53]) admittere: utputa si dicat, impendisse se [54]) in alimenta pupilli vel disciplinas. §. 1. *Mo-*

53) Das heißt, wenn sie den Standes- und Vermögensverhältnissen des Pupillen angemessen sind. S. Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *In haec.* pag. 571. Der Scholiast in den Basiliken Tom. V. pag. 59. Sch. f. hat ἀντελλόγους τοῦ ἐπιτρόπου εὐλόγους. Das Wort ἀντέλλογος kommt nur bey den Neugriechen vor, Schneider und Passow haben es daher nicht. Es heißt so viel als computatio, Berechnung. S. Theophili *Paraphr. ad* §. 2. *J. de societate*, et *ad* §. 30. *J. de act.* Besonders häufig kommt das Wort bey Harmenopulos vor. S. *Dionys.* Gothofredi Nomenclator graecar. dictionum, quae apud Harmenopulum et alios quosdam iuris auctores occurrunt. pag. 417. Das Wort εὔλογος aber heißt so viel als vernünftig, zweckmäßig.

54) So liest *Jo. Conr.* Rücker Observation. Cap. IV. §. 2. nr. 5. durch Gemination der letzten Sylbe von impendisse. Mehrere alte Ausgaben, z. B. die des Baudoza und Merlinus lesen auch wirklich se impendisse.

dus autem, si quidem Praetor arbitratus est, is servari debet, quem Praetor statuit. Si vero Praetor non est aditus, pro modo facultatum pupilli debet arbitrio iudicis aestimari: *nec enim permittendum est tutori, tantum reputare, quantum dedit, si plus aequo dederit.* §. 2. Hoc amplius, etsi Praetor modum alimentis statuit, *verumtamen ultra vires facultatum est*, quod decretum est, nec suggessit Praetori de statu facultatum, non debet ratio haberi alimentorum omnium, quia si suggessisset, aut minuerentur iam decreta, aut non tanta decernerentur [55]).

L. 2. C. de alimentis pupillo praestand. Imp. Alexander A. *Euphido.* Quod plerumque postulatur, *ut arbitrio Praetoris alimenta pro modo facultatum pupillis vel iuvenibus constituantur:* pro officio suo, qui aliena negotia gerunt, ne apud iudicem controversiam habeant, faciunt. Ceterum si bonus vir et innocens tutor arbitrio suo alit pupillos: quod interdum etiam necesse est fieri, *ne secreta patrimonii et suspectum aes alienum pandatur*, quod melius est interim taceri, quam cum de modo bonorum quaeritur, ultro proferri, et apud acta ius dicentis contra utilitatem pupillorum designari: *non dubie accepto ferre debebunt ea, quae vir bonus arbitratur merito ad exhibitio-*

55) In den *Basilicis* Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 2. Constit. 2. §. 1. pag. 55. heißt es: *Εἰ δὲ καὶ ὑπὲρ τὴν οὐσίαν ὥρισεν ὁ πραίτωρ, καὶ μὴ ὑπέμνησεν ὁ ἐπίτροπος, οὐκ ἔρρωται. Sed si Praetor ultra vires facultatum decrevit, nec Praetori suggessit tutor, non valet.*

nem educationis, ministeria, studiaque erogata esse. Nec ferendus est iuvenis, qui cum praesens esset, studiisque eruditus atque alitus esset, si ea per alium se consecutum non probet, sumtus recuset, quasi vento vixerit, aut nullo liberi hominis studio imbui meruerit.

6) Wenn übrigens auch das Vermögen des Mündels noch so groß seyn sollte, so darf doch deswegen nicht mehr zu den Alimenten und Erziehungskosten ausgesetzt werden, als eine standesmäßige, und in allen Beziehungen zweckmäßige Erziehung, sowohl was den Unterhalt, als die sittliche, und wissenschaftliche Ausbildung des Pupillen betrifft, erfordert, mithin aller Ueberfluß und Verschwendung vermieden werden. Ueberdem ist es Regel, daß die Erziehungskosten nur aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden dürfen, und zwar ist, wenn es ohne Nachtheil einer den Verhältnissen des Mündels angemessenen Erziehung geschehen kann, eine solche Einrichtung zu treffen, daß noch etwas von den Renten übrig bleibt, welches jährlich zurückgelegt werden kann. Die Substanz muß also soviel möglich erhalten werden. Reichen jedoch die Einkünfte zur Bestreitung der Erziehungskosten nicht hin, so kann, wenn es die Noth erfordert, auch wohl ein Capital darauf verwendet, oder auch vom Vormund aufgenommen werden. Denn Standes- und Zweckmäßigkeit der Erziehung geht der Erhaltung des Vermögens vor, und was dazu erfordert wird, muß verwendet werden, wenn auch das Vermögen ganz dabey aufgehen sollte[56].

56) S. vorzüglich Voet h. t. §. 2. und Noodt h. t. §. *Fuerit tamen* pag. 571. sq.

L. 3. §. 1. *D. h. t.* Modum autem patrimonii spectare debet, quum alimenta decernit, et debet statuere tam moderate, ut non universum reditum patrimonii in alimenta decernat, sed semper sic [57]), *ut aliquid ex reditu supersit.*

L. 3. §. 3. *h. t.* In amplis tamen patrimoniis positis [58]) non cumulus patrimonii, sed *quod exhibitioni frugaliter* [59]) *sufficit*, modum alimentis dabit.

57) Die florentinische Ausgabe hat *sit*. Allein die Lesart sic, welche man auch bey Baudoza, Chevallonius, und Pothier findet, ist unstreitig richtiger, wie *Guil.* Best Ratio emendandi Leges Cap. I. §. VII. nr. 4. pag. 35. (edit. Neuhaus. *Lipsiae* 1745. 8) gezeigt hat. Man sehe auch *Christfr.* Wachtleri Opusc. iurid. philolog. pag. 485. Haloander und Beck lesen *ita*. Lud. Miräus (Paris 1552. 8.) hat aber *sed semper* (*ita*) *sit*.

58) *Corn. van* Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. VII. cap. 25. §. XI. pag. 277. (edit. *Heinecc.* Francof. et Lipsiae 1739.) will *positas* statt positis lesen, und versteht darunter pupillus. Allein, wie Gebauer in der Göttinger Ausgabe des Corp. iur. civ. pag. 476. Not. 11. mit Recht erinnert hat, invita syntaxi. Gebauer meint, der Schwierigkeit sey leicht abzuhelfen, wenn man das Wort *positis* von den folgenden durch ein Komma trennt, und aus dem vorhergehenden §. 2. unter *positis* das Wort pupillis versteht. Mit dieser Erklärung stimmt auch Voorda Thes. controvers. Dec. XX. §. 7. in fin. überein.

59) *Frugaliter* heißt eigentlich mäßig, sparsam, hier aber, was zu einer standesmäßigen oder anständigen Erziehung gehört. Die *Basilica* Tom. V. pag. 56. haben πρὸς τὸ κόσμον. Das Wort κόσμος aber heißt so viel als Anstand, Ordnung. S. Schneiders Hand-Wörterbuch der grie-

L. 3. *pr. D. de contraria tutelae et utili act.* Ulpianus *libro XXXVI. ad Edictum* [60]). Quid ergo, si *plus* in eum impendit, *quam est in facultatibus?* videamus, an possit hoc consequi. Et Labeo scripsit: *posse.* Sic tamen accipiendum est, *si expedit pupillo ita tutelam administrari:* ceterum si non expedit, dicendum est, absolvi pupillum oportere: neque enim in hoc administrantur tutelae, ut mergantur pupilli: iudex igitur, qui contrario iudicio cognoscit, utilitatem pupilli spectabit, et an tutor ex officio sumtus fecerit.

7) Bey Bestimmung der Kosten für den Unterricht der Pupillen kommt es nicht auf den Unterschied des Geschlechts an, denn auch Mündel weiblichen Geschlechts müssen in den zur standesmäßigen Erziehung derselben erforderlichen Künsten und Wissenschaften sogut, wie Pupillen männlichen Geschlechts, unterrichtet werden [61]). Das Römische Recht sieht hier auf ein bestimmtes Alter, nämlich von zwanzig Jahren, bis zu welchem die Kosten des Unterrichts berechnet werden sollen.

L. 3. §. 5. *D. h. t.* Idem ad instructionem quoque pupillorum vel adolescentium, pupillarum, vel earum, *quae infra vicesimum annum constitutae sunt*, solet decernere respectu facultatum, et *aetatis eorum, qui instruuntur.*

chisch. Sprache, ausgearbeitet von Franz Passow (Leipzig 1828. 4.) 1. B. S. 946.

60) Eine Fortsetzung der *L.* 1. *D. eodem.*

61) S. *Rad.* Fornerius Rerum quotidianar. Lib. V. Cap. 21. (in *Thes. Otton.* Tom. II. pag. 272. sq.) und *Scip.* Gentilis Paergor. ad Pand. Lib. I. cap. 23. (in *Thes. eod.* Tom. IV. pag. 1297.)

L. 4. *h. t.* Julianus *Libro XXI. Digestorum.* Qui filium heredem instituerat, filiae dotis nomine, cum in familia nupsisset, ducenta legaverat, nec quidquam praeterea, et tutorem eis Sempronium dedit: is a cognatis et a propinquis pupillae perductus ad Magistratum, iussus est alimenta *pupillae*, et *mercedes, ut liberalibus artibus institueretur, pupillae nomine praeceptoribus dare* etc.

8) Ist der Mündel arm, so braucht ihn der Vormund nicht aus seinem Vermögen zu ernähren, sondern hier treten die Armenversorgungs-Anstalten ein. Die festgesetzten Erziehungskosten können auch wieder verhältnißmäßig gemindert werden, wenn der Mündel zufälligen Verlust an seinem Vermögen erleidet, so wie sie auch wieder gesteigert werden können, wenn sich sein Vermögen vergrößert *).

L. 3. §. 6. *D. h. t.* Sed si egeni sint pupilli, de suo eos alere tutor non compellitur: et si forte post decreta alimenta ad egestatem fuerit pupillus perductus, deminui debent, quae decreta sunt: quemadmodum solent augeri, si quid patrimonio accesserit.

*) Man vergleiche übrigens, was den heutigen Gerichtsgebrauch betrifft, vorzüglich des Herrn Landrichters D. Wolfg. Heinr. Puchta Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen bürg. Rechtssachen. 2. Th. §. 312. u. §. 313.

Lib. XXVII. Tit. III.

De tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione.

§. 1361.

Rechtliches Verhältniß zwischen Tutor und Pupillen quasi ex contractu. Die Klagen aus der Vormundschaft sind keine prätorischen.

Durch Uebernehmung der Vormundschaft wird eine zwischen dem Vormund, und dem bevormundeten Pflegling vollkommen wirksame Obligatio begründet. Da dieses Rechtsverhältniß keinen Contract zum Grunde haben kann, als welcher zwischen dem Vormund und Mündel gar nicht denkbar ist, so leiten die Gesetze dasselbe quasi ex contractu her, d. h. es ist ein Verhältniß, welches vermöge gesetzlicher Verordnung, auch ohne einen eigentlichen Vertrag, Verbindlichkeiten auf beyden Seiten hervorbringt, die einem bestimmten Contract ähnlich sind, eben so, als ob ein solcher Contract wirklich wäre geschlossen worden. Das Verhältniß ist hier, wie zwischen mandans und mandatarius [62]). Aus der Führung einer Vor-

62) S. Weber's syst. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 9. S. 22. f.

mundschaft entstehen daher, wie aus einem Mandate, zweyerley Klagen, 1) eine *actio directa*, welche der Mündel gegen den Tutor hat, dieß ist die eigentliche *actio tutelae*, wie sie in der Rubrik dieses Titels bezeichnet wird, und welcher im Codex der Name *arbitrium tutelae*[63]) beygelegt ist, weil sie zu den actiones bonae fidei gehört, bey welchen es dem Richter erlaubt ist, nach billigem Ermessen zu bestimmen, was ein Theil dem andern zu leisten hat[64]). Dann auch 2) eine *actio contraria*, welche dem Tutor gegen den gewesenen Pupillen zusteht. So belehrt uns Gajus über das rechtliche Verhältniß zwischen Vormund und Mündel *libro III. Aureorum*[65]),

63) S. *Lib. V. Tit.* 51. *Cod. Arbitrium tutelae.*

64) Cicero *de Officiis libr. III. cap.* 17. Quintus quidem Scaevola, Pontifex Maximus, *summam vim* dicebat, *esse in omnibus iis. arbitriis, in quibus adderetur* EX FIDE BONA: *fideique bonae nomen*, existimabat, *manare latissime, idque versari in* TUTELIS, *societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur. In his magni esse iudicis, statuere, (praesertim cum in* PLERISQUE *essent* IUDICIA CONTRARIA) *quid quemque cuique praestare oporteret.* Man sehe über diese Stelle vorzüglich *Jo.* Merceri Opinion. et Observat. Lib. I. cap. 13. Voorda Lection. et Interpretatt. Tullian. Cap. X. und *Car.* Beieri Commentar. ad h. *Ciceronis* loc. in seiner trefflichen Ausgabe von Cicero de officiis. Tom. II. pag. 312—315. (*Lipsiae* 1821.) Noch ist zu vergleichen §. 28. *et* §. 30. *I. de actionib.* (IV. 6.) und Gajus *Instit. Comm. IV.* §. 61. *et* 62.

65) *L* 5. §. 1. *D. de obligat. et action.* S. *Jan. a* Costa Praelection. ad illustrior. quosd. titulos locaq. select. iuris civ. pag. 97 sq.

welche Stelle fast wörtlich in die Institutionen [66]) aufgenommen worden ist. Gajus sagt nämlich:

Tutelae quoque *iudicio* qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur, (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur:) sed quia sane non ex maleficio tenentur, *quasi ex contractu teneri videntur.* Et hoc autem casu *mutuae sunt actiones:* non tantum enim pupillus cum tutore, sed et contra tutor cum pupillo habet actionem, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditori eius obligaverit.

Da die obligationes quasi ex contractu dem Civilrecht angehören [67]), so entsteht die Frage, ob dieses auch von den aus der Führung einer Vormundschaft entspringenden Klagen zu behaupten sey? Gerh. Noodt [68]) hält sie für prätorisch. Von der actio tutelae contraria sey dieses ausser allem Zweifel. Denn Ulpian sage ausdrücklich *libro XXXVI. ad Edictum* [69]):

Contrariam tutelae actionem Praetor proposuit, induxitque in usum, ut facilius tutores ad administrationem accederent, scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione.

66) §. 2. *I. de obligationib. quasi ex contr.* (III. 27.)

67) S. den 5. Th. des Commentars §. 415. S. 320. und *Christ. Gottl.* Hübner de natura obligationum, quae quasi ex contractu et quasi ex delicto nascuntur Conjecturae. (*Lipsiae* 1802. 8.) Cap. II. pag. 26 sq.

68) Comment. ad Dig. h. tit. §. *De actione.* (*Opp.* Tom. II. pag. 572.) et ad Tit. seq. §. *Praeter.* pag. 576.)

69) *L. 1. pr. D. de contrar. tut. et utili actione.*

Da nun der Prätor wegen einer bloßen actio contraria nie ein besonderes Edict bekannt gemacht habe; so müsse in demselben Edict hauptsächlich von der actio tutelae directa die Rede gewesen seyn. Nun wären zwar die Worte eines solchen Edicts nirgends zu finden, allein sie ließen sich vielleicht auf folgende Art restituiren:

Quod a tutore gestum esse dicetur, de ea finita tutela iudicium dabo [70]).

Herr Prof. Zimmern [71]) hält zwar die actio di-

70) Auch Ranchinus in Edicto perpetuo (Tom. III. *Thes. Meerman.* pag. 251.) hat das Edict zu restituiren versucht. Nach ihm soll es ohngefähr so gelautet haben: *Eum, qui tutelam gessit, rationem eo nomine reddere cogam.* Allein dagegen hat Noodt h. t. pag. 572. erinnert, daß die actio tutelae nie cognitionis extraordinariae, sondern immer iuris ordinarii gewesen sey. *Jo. Ortw.* Westenberg in Princip. iuris sec. ord. Digestor. s. Pand. h. t. §. 2. hat daher dieses zu verbessern gesucht, und das Edict so restituirt: *Eum, qui tutelam gessit, tutelae iudicio rationem reddere cogam.* Von beyden weicht *Car. Guil. Lud. de* Weyhe libri tres Edicti (*Cellis Lüneb.* 1821. 4.) pag. 228. ab. Nach ihm soll das Edict so gefaßt gewesen seyn: *Quod a tutore gestum esse dicetur, de eo finita tutela, et si quid ex bonis pupilli abstulisse dicetur, in duplum iudicium dabo.* Ranchinus und Westenberg glauben, der Prätor habe auch wegen der contraria tutelae actio ein besonderes Edict bekannt gemacht, ohngefähr folgenden Inhalts: *Si quid ex administratione bonorum pupilli debetur, eo nomine adversus eum contrariam actionem dabo.* Allein daß der Prätor wegen einer actio contraria ein besonderes Edict bekannt gemacht habe, findet sich nirgends.

71) Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 248. S. 937. Eben dieser Meinung sind auch *Franc.* Duarenus Comm. in

recta für eine Civilklage, allein die contraria tutelae actio sey eine prätorische. Ich glaube aber, sie gehören beyde dem Civilrecht an, und der Prätor hat sie, wie so viele andere Civilklagen [72]), blos in sein Edict aufgenommen, und zum gemeinen Gebrauche bekannt gemacht. Eben diese richtige Ansicht haben auch Heinrich Hahn [73]), und Joh. Ortwin Westenberg [74]). Denn daß die actio tutelae directa eine prätorische Klage sey, wird nirgends gesagt, sie kann es auch nicht wohl, als eine actio quasi ex contractu oriunda, seyn. Denn die obligationes quasi ex contractu sind ohne Zweifel eine Erfindung der Röm. Juristen, welche der Gerichtsgebrauch sanctionirt hat [75]). Sodann sind ja die actiones quasi ex contractu alle nach der Form der Contractsklagen gebildet worden, mit deren Gegenstande sie eine Aehnlichkeit haben. Nun ist keine einzige Contractsklage prätorisch. Soviel aber noch insonderheit die contraria tutelae actio

Tit. 4. Lib. XXVII. Pand. de contr. tut. et ut. act. (*Opp.* pag. 309.) und H. Prof. Smallenburg ad *Ant.* Schultingii Notas ad Dig. Tom. IV. pag. 463.

72) Wer möchte wohl die condictio ex mutuo, oder die hereditatis petitio dem Prätorischen Rechte zueignen, ob sie gleich beyde der Prätor in sein Edict aufgenommen hat? *L.* 1. *D. de reb. cred. L.* 1. *D. Si pars heredit. petat.* verb. mit *L.* 1. *D. de poss. heredit. petit.* S. *Car Frid. Guil.* Schmid Diss. stat. leges quasdam potiores tituli Digestor. de negotiis gestis expositae (*Tubing.* (1787.) praes. *Hofacker.* def. ad L. 3. pag. 15 sq.

73) Observata theor. pract. ad *Wesenbecium.* P. II. Lib. XXVII. Tit. 4. Nr. I. pag. 241.

74) Princ. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 4. et Tit. sq. §. 4.

75) S. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 9. S. 26. f.

betrifft, ſo ſagt ja Ulpian *L.* 1. *pr. D. de contr. tut. et utili actione* ganz deutlich, daß ſie in einer obligatio civilis ihren Grund habe. Es heißt daſelbſt:

Quamquam enim sine tutoris auctoritate pupilli non obligentur, nec in rem suam tutor obligare pupillum possit: *attamen receptum est, ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur, ex administratione scilicet:* etenim provocandi fuerant tutores, ut promtius de suo aliquid pro pupillis impendant, dum sciunt, se recepturos id, quod impenderint.

Auch ſchon der Ausdruck *receptum est* deutet auf ein Recht hin, quod sine scripto venit, et a Jurisperitis in causis controversis aut iudicando, aut postulando, aut respondendo inventum est, und *disputatio fori, rerum iudicatarum auctoritas*, und *interpretatio prudentum* genennt wird [76]). Bey den Klagen aus der negotiorum gestio, welche doch auch quasi ex contractu abgeleitet werden, hat Gajus [77]) ebenfalls den Ausdruck *receptum est*, ferner *utilitatis causa receptum est*, gleichbedeutend mit *placuit* gebraucht. Daß aber dieſe Klagen actiones civiles ſind, ſagt Paulus *libro XXIX. ad Edictum* [78]) ausdrücklich. Wenn nun gleichwohl Ulpian *L.* 1. *pr. D. de contr. tut. et utili act.* ſagt: Contrariam tutelae

76) S. *Frid.* Hänel Commentat. de verborum formulis, quibus Jurisconsulti veteres simul et affirmare et affirmandi rationem significare soliti sunt. (*Lips.* 1821. 8.) §. 4.

77) *L.* 5. *pr. D. de obligat. et actionib.* (XLIV. 7.)

78) *L.* 17. §. 3. *D. Commodati.* (XIII. 6.)

actionem *Praetor proposuit*, induxitque in usum; so ist dieß noch kein Beweis, daß diese Klage deswegen eine actio praetoria sey. *Proponere actionem*, sagen die Röm. Juristen, si Praetor in Edicto actionem in publicum edebat, ita ut oculis civium pateret, wie schon längst Brisson [79]) bemerkt, und dabey gerade unsere *L.* 1. angeführt hat. Auch von der hereditatis petitio, ferner si pars hereditatis petatur, sagt Ulpian *libro V. ad Edictum* [80]): Post actionem, quam *proposuit Praetor* ei, qui ad se solum hereditatem pertinere contendit, consequens fuit et ei proponere, qui partem hereditatis petit; und doch sagt derselbe Ulpian *libro XV. ad Edictum* [81]): Ordinarium fuit, *post* CIVILES ACTIONES *heredibus propositas*, rationem habere Praetorem etiam eorum, quos ipse velut heredes facit, hoc est, eorum, quibus bonorum possessio data est. So wie nämlich die Prätoren häufig Sätze des Civilrechts in ihre Edicte aufzunehmen, und zu bestätigen pflegten, so daß daher auch Papinian [82]) sehr richtig sagt: *ius praetorium ius civile subsequitur*; so geschahe dieß auch insonderheit mit den Klagen aus dem Civilrecht, wie z. B. das Edict des Prätors de commodato beweist [83]). Die prätorische Edicts-Formel: *iudicium dabo* sollte also, wie Gilbertus Regius [84]) bemerkt, nicht sowohl das ius actionis,

79) De Verbor. Signific. Voc. *Proponere.*

80) *L.* 1. *pr. D Si pars hereditatis petat.* (V. 4.)

81) *L.* 1. *D. de possess. hered. petit.* (V. 5.)

82) *L.* 14. *D. de testib.* (XXII. 5.)

83) *L.* 1. *D. Commodati.* (XIII. 6.)

84) Εναντιοφανῶν iuris civ. (*Hanoviae* 1698. 8.) Lib. I. cap. 2.

als vielmehr die formulam et iudicem, quem pollicebatur Praetor in albo ad civiles etiam actiones exercendas, andeuten, und dieſes ſcheinen auch die Worte: induxitque in usum in der *L.* 1. *de contr. tut. act.* ſagen zu wollen.

§. 1362.

Actio tutelae directa.

Die Hauptklage, welche aus der Führung einer Vormundſchaft entſpringt, iſt alſo die *actio tutelae directa* [81]), welche auch vorzugsweiſe *actio tutelae*, *tutelae iudicium*, und *arbitrium tutelae* genennt wird. Schon Cicero [86]) zählt ſie unter diejenigen arbitria, in quibus adderetur, *ex fide bona*, alſo unter die bonae fidei iudicia. Er ſetzt ſie aber auch unter die privata iudicia summae existimationis, et paene capitis [87]), ja er nennt ſie ein *turpe iudicium*, et facto quidem turpe [88]), weil ſie für den Verurtheilten infamirend iſt, ganz dem Edict des Prätors gemäß, in welchem es, ſo

85) Bey den Griechen δίκη ἐπιτροπῆς. S. Hefftters athenäiſche Gerichtsverfaſſung. S. 251. ff. und Meier's und Schömann's attiſcher Proceß. S. 454. Von dieſer Klage handeln *Franc.* Duarenus Comm. ad h. tit. (*Oper.* pag. 397. sqq.) *Hug.* Donellus Commentar. de iure civ. Lib. XV. cap. 20. §. 7. sqq. (Vol. IX. edit. noviss. *Norimberg.* a *Bachero* contin.) *Ger.* Noodt Comm. ad h. t. (*Opp.* Tom. II. pag. 572—576.) *Paul.* Montanus de iure tutelar. et curation. Cap. 39. und *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t.

86) *De officiis III.* 17. S. die Note 64.

87) *Orat. pro Roscio Comoedo.* Cap. VI.

88) *Orat. pro A. Caecinna.* Cap 3.

wie es uns Ulpian [89]) aufbehalten hat, heißt: Infamia notatur, qui *tutelae iudicio* damnatus erit. Dieß ist nun diejenige Klage, welche dem Mündel gegen den gewesenen Vormund zusteht. Da sie durchaus reipersecutorisch ist, so geht sie auch auf die Erben über. Hanc actionem, sagt Ulpian *libro XXXVI. ad Edictum* [90]), etiam in heredem tutoris competere constat. — Sed et heredi pupilli aeque competit, similibusque personis z. B. dem bonorum possessor. Sie geht auf drey Hauptgegenstände, nämlich 1) auf Ablegung der vormundschaftlichen Rechnung, 2) auf Herausgabe dessen, was der Vormund von dem Vermögen des Mündels noch in Händen hat, und 3) auf Ersatz des mit Vorsatz oder durch eine verantwortliche Culpa zugefügten Schadens. Der dritte Klagepunct, den Hellfeld hier erst zur Sprache bringt, ist schon an einem andern Orte [91]) ausführlich erörtert worden. Hier bemerke ich nur noch, daß zur Ausmittelung des Schadens auch zuweilen das iusiurandum in litem Statt finden kann, nämlich im Falle eines erwiesenen oder auch vermutheten dolus oder culpa lata [92]), welches jedoch gegen die Erben des Vormundes nur dann zulässig ist, wenn sie sich entweder selbst eines dolus schul-

89) *L.* 1. *D. de his, qui not. infam.* (III. 2.) S. Theod. Marezoll über die bürgerliche Ehre. 1. Buch. 4. Abschn. §. 3. S. 153. f.

90) *L.* 1. §. 16. *et* 17. *D. h. t. L.* 3. *et* 4. *C. Arbitr. tut.* (V. 51.) S. *Ant.* Fabri Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VII. Illat. 72. pag. 898.

91) S. den 30. Th. §. 1333. und §. 1334. S. 243—330.

92) *L.* 7. *pr. D. de administrat. et peric. tutor. et curator. L.* 2. *L.* 5. *C. de in litem iurando.* (V. 53.)

dig gemacht haben, oder der Proceß gegen den Erblasser schon anhängig gemacht war [93]).

§. 1363.

1) Ablegung der Vormundschafts-Rechnung. Verschiedene Erklärungen der *L.* 31. §. 2. *D. de liberat. legata.*

Eine der Hauptobliegenheiten des Vormundes ist die, daß er Rechenschaft ablege über die Führung der Vormundschaft, d. h. daß er nachweise, in wiefern er seinen Amtspflichten ein Genüge gethan hat, und sich verantworte wegen alles dessen, was er gethan hat, und nicht hätte thun sollen, desgleichen wegen dessen, was er unterlassen hat, und doch vermöge seiner Amtspflicht hätte geschehen sollen, also Rechenschaft gebe über sein vormundschaftliches Thun und Lassen. Denn der dem Pupillen durch pflichtwidriges Handeln oder Unterlassen des Vormundes zugefügte Schade muß ersetzt werden. So sagt Ulpian *libro XXXVI. ad Edictum* [94]):

De omnibus, quae fecit tutor, quum facere non deberet, item de his, quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum et culpam, et quantam in rebus suis diligentiam.

Insonderheit aber besteht die dem Vormunde obliegende Rechnungslegung, zu welcher er mit der actio tutelae angehalten werden kann, darin, daß er, in Grundlage des Inventariums, die Einnahmen und Ausgaben, und zwar nicht in solle, sondern specifisch mit Angabe der einzelnen Posten, nach den verschiedenen Arten und Titeln

93) *L.* 4. *Cod. eodem.* S. den 12. Th. dieses Commentars. §. 813. und §. 815. S. 459. ff.

94) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

derselben berechne, und mit den nöthigen Beweisen und Belegen unterstütze [95]). Von dieser Rechnung, welche der Vormund über die Verwaltung des Vermögens seines Mündels abzulegen hat, spricht Ulpian, wenn er *L.* 1. §. 3. *h. t.* sagt:

Officio tutoris incumbit, etiam rationes actus sui conficere, et pupillo reddere: ceterum si non fecit, aut si factas non exhibet, hoc nomine *iudicio tutelae* tenebitur.

Hierher gehört auch, was Justinian in den Institutionen §. *ult. I.* 19. *de Atiliano tutore* sagt:

Quum igitur pupillorum pupillarumque tutores negotia gerunt, post pubertatem *tutelae iudicio* rationes reddent [96]).

Von dieser Rechnungslegung hängt die Ausmittelung dessen ab, was der Vormund nach geendigter Vormundschaft von dem noch in seinen Händen befindlichen Vermögen des Pupillen herauszugeben hat. Rechnungslegung und Herausgabe des noch übrigen Pupillenvermögens stehen daher in so genauer Verbindung, daß wenn

95) S. Just. Claproths Grundsätze von Verfertigung und Abnahme der Rechnungen. Göttingen 1783. 8. vorzüglich Dr. Wolfg. Heinr. Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürgerl. Rechtssachen. 2. Th. §. 320. S. 439. ff. Unter den ältern Schriften *Paul.* Montanus de iure tutelar. et curation. Cap. XXXVIII. pag. 525 — 547. *Guil. Hier.* Brückneri Diss. de rationibus administratorum. *Jenae rec.* 1740.

96) Man vergl. über diese Stelle *Franc.* Balduini Comment. in Instit. Just. Tit. de Atiliano tut. pag. 118. und *Arn.* Vinnii Comm. ad §. 7. J. eodem.

die conditio rationum reddendarum in einem Testamente ist beygefügt worden, solche nicht eher für erfüllt gehalten wird, als wenn nach abgelegter Rechnung auch das noch vorräthige Vermögen nach Maaßgabe der geprüften, und richtig befundenen Rechnung, herausgegeben worden ist, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 82. *D. de condition. et demonstrat.* (XXXV. 1.) CALLISTRATUS *libro II. Quaestionum.* Cum servus ita liber esse iussus sit, *si rationes reddiderit*, eique fundum heres dare damnas sit, videamus, utrum conditio libertati proposita sit, an vero et legato? — Quid ergo continetur his verbis: *si rationes reddiderit?* Quidam hoc aiunt, si reliqua reddiderit, quasi nihil intersit, utrum sub hac conditione: *si reliqua*, an sub hac: *si rationes reddiderit?* Sed nos neque conditionem meram putamus esse, quae in datione existat, neque meram conditionem, quae in facto sit, sed eam conditionem, quae ex mixtura quadam consistat. Nam non utique, si ille *in folle* reliqua obtulerit, liber erit: non enim testator hoc sensit, sed illud, ut rationes reddat, quomodo servus reddere solet, *id est legendas offerre rationes primum, deinde computandas, ut explorari possit, imputationes probe an improbe referantur, accepta recte relata an non recte.* Ita enim incipit quidem res a facto, pervenit autem ad pecuniam. Inest his verbis etiam, heredes notitia instrui rationum, ut sciant, quid in quaque ratione scriptum sit. Nam quod ipse vivus facturus erat, ab heredibus suis fieri iussisse intelligitur: ille autem utique non sic solebat servo suo

otendenti reliqua rationes subscribere, sed ita ut legeret, examinaret, exciperet. Itaque cum servo sub hac conditione testamento libertas datur: *si rationes reddiderit*, non hanc solam habet significationem, *si cautiones instrumentaque omnia actus sui exhibuerit heredi, sed et si reliqua solverit.*

L. 111. *D. eodem.* Pomponius *libro XI. Epistolarum.* Qui *sub conditione rationum reddendarum* liber esse iussus est, docere debet, constare fidem omnibus, quae ab eo gesta sunt, ut neque subtraxerit quid ex his, quae acceperit, neque expensum rationibus praescripserit, quod non dederit. Sed et quod reliquum per contextum scriptum est remanere apud eum, solvere debet: neque enim aliter liber esse potest, quam si hoc modo conditioni, sub qua data est libertas, satisfecerit.

L. 8. §. 5. *D. de liberat. legata:* (XXXIV. 5.) Pomponius *Libro VI. ad Sabinum.* Is qui *reddere rationes* iussus est, non videtur satisfacere, si reliquum reddat, non editis rationibus.

L. 6. §. 7. *D. de Statu liberis.* (XL. 7.) Ulpianus *libro XXVII. ad Sabinum.* — *Rationum* autem *reddendarum conditio*, quod *ad reliqua* quidem attinet, in danda pecunia consistit: quod autem *ad ipsa volumina rationum tradenda, percontandasque et examinandas rationes, et dispungendas atque excutiendas*, factum habet.

Ja Africanus *libro IX. Quaestionum*, woraus die *L.* 32. *D. de condit. et demonstrat.* genommen iſt, ſagt geradezu: *Rationes reddere* nihil aliud esse, quam *reliqua solvere.* Und Pomponius *libro VI.*

ad Sabinum oder *L.* 89. §. 2. *D. de Verb. Signif.* setzt gerade darin einen Unterschied zwischen *edere* und *reddere rationes*, daß derjenige, qui *edere* iussus sit, nicht brauche *reliquum reddere* [97]): nam et argentarius edere rationem videtur, etiamsi quod reliquum sit apud eum, non solvat.

Da also die Herausgabe des noch übrigen in den Händen des Vormundes befindlichen Vermögens des Pupillen nicht in folle [98]), d. h. nicht im Sacke, sondern nach vorhergegangener genauen, gehörig begründeten, und gegen alle Erinnerungen justificirten Rechnungslegung geschehen soll, auch nicht wohl anders, ohne Nachtheil des Pupillen, geschehen kann; so ergiebt sich daraus, daß der Vormund von der Verpflichtung zur Herausgabe des Vermögens seines gewesenen Pfleglings eben so wenig, als von der Verpflichtung zur Rechnungslegung befreyt werden könne, wenn ihm auch der Vater des Pupillen, oder ein Anderer diese Verbindlichkeiten sollte erlassen haben [99]).

97) Daher bezeichnet auch der Ausdruck *Reliqua* sowohl bey den Classikern, als in unsern Gesetzen, quae, rationibus subductis, computatisque acceptis et expensis, debita remanent, et solvenda supersunt. Cicero *ad Atticum Lib. XVI. Epist.* 3. Terentius *Phormion. Act. I. Sc. I. v.* 3. *L.* 81. *L.* 82. *D. de cond. et demonstrat. L.* 6. §. 7. *L.* 40. § 7. *et* 8. *D. de statu liber.* S. *Ja. Ortw.* Westenberg Div. Marcus. Diss. XXII. §. 8.

98) Den Ausdruck *in folle* erklären *And.* Alciatus de Verbor. Significat. Lib. IV. nr. 40. (*Oper.* Tom. I. pag. 103. *Basiliae* 1550. f.) und *Barn.* Brissonius de V. S. voc. Follis.

99) S. *Hug.* Donellus Comm. de iure civ. Lib. XV. Cap. 20. §. 8 (edit. novissim. a *Buchero* contin. Vol. IX. pag. 188.)

Nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus, ſagt Ulpian *libro XXXV. ad Edictum* [100]), nec mutare formam antiquitus constitutam. Zwar kann der Minderjährige in ſeinem Teſtament ſeinen Vormündern die Ablegung der Rechnung erlaſſen, aber damit iſt ihnen noch nicht die Herausgabe des noch in Händen habenden Vermögens erlaſſen, ſie bleiben auch für doloſen Schaden verantwortlich [1]). Dieſem ſcheint jedoch die Entſcheidung des Scävola zu widerſprechen, wenn dieſer libro III. *Responsorum* [2]) ſagt:

Titia, quae duos tutores habuerat, ita cavit: *Rationem tutelae meae, quam egit Publius Maevius cum Lucio Titio, reposci ab eo nolo.* Quaeritur: an si qua pecunia apud eum ex tutela remansit, peti ab eo possit? Respondit: *nihil proponi,*

Arn. Vinnius Comm. ad §. 7. Inst. de Atiliano tutore ad verba: *Tutelae iudicio.* Thibaut Syst. des Pandect. Rechts. 1. B. §. 536. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gem. Civilrechts. 2. B. IV. B. §. 409. (der 3. Auflage). Man vergleiche auch den 30. Th. dieſes Commentars §. 1331. a. S. 210—214. Heut zu Tage iſt dieſes noch wenigerem Zweifel unterworfen. S. *Christ. Henr.* Bruning Specim. de tutore aneclogisto hodie ad rationes reddendas obligato. *Lipsiae* 1764.

100) *L.* 5. §. 7. *D. de administr. tutor.*

1) *L.* 9. *L.* 20. §. 1. *L.* 28. §. 4. *D. de liberat. legata.* (XXXIV. 3.) *L.* 41. *D. de admin. et peric. tutor.* Tryphoninus fügt *L.* 58. *pr. D. eodem.* den Grund hinzu, *quia tutor lucrum facere ex tutela non debet.* S. *Christph. Lud.* Crell Diss. de tutore aneclogisto. §. VI. und Thibaut a. a. O.

2) *L.* 31. §. 2. *D. de liberat. legata.*

cur non pecunia, quae pupillae esset, et apud tutorem remaneret, legata videretur.

Man hält nicht ohne Grund diese Pandecten-Stelle für eine der schwierigsten. Denn nicht leicht hat ein Gesetz den Auslegern so viel zu schaffen gemacht, als dieses [3]). Schon Accursius fühlte die Schwierigkeit, und glaubte, sie könnte nur dadurch gehoben werden, wenn man das *non* wegstreiche, welches ohnehin in mehreren Handschriften fehle. Bartolus las auch wirklich den Text ohne die Negation, wie aus seinem Summario zu ersehen ist. Auf diesem Wege folgten ihnen mehrere auch unter den neuern Rechtsgelehrten nach, unter denen ich nur einen Cujaz [4]), Wissenbach [5]), Voet [6]), Everh. Otto [7]), Joh. van de Water [8]), und Pothier [9]) nennen will. Franz Rygerbos [10]) glaubt sogar, der Fehler rühre vom Scävola selbst oder den Compilatoren der Pandecten her. Andere, denen es nicht wohl glaublich zu seyn scheint, daß die Negation von fremder Hand auf eine unnütze Art sollte hinzugefügt worden seyn, haben die gemeine Lesart

3) Man vergleiche hier vorzüglich *Nic.* Smallenburg animadvers. ad *Ant.* Schulting Notas ad Dig. seu Pand. Tom. V. ad L. 31. §. 2. D. de liberat. legat. pag. 454. nr. 2.

4) Observation. Lib. XXVI. Cap. 30.

5) Exercitat. ad Pand. P. II. Disp. VI. Th. 14. pag. 56.

6) Commentar. ad Pand. h. t. §. 11.

7) Papinian. Cap. XI. §. 5. pag. 323. (*Bremae* 1743.)

8) Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 1. pag. 7.

9) Pand. Justin. Tom. II. Tit. de liberat. legata. Nr. XXV. not. a. pag. 427.

10) Observat. Jur. Rom. Cap. III. pag. 23.

zu vertheidigen gesucht, theils mit Hülfe der Critik durch Aenderung des Textes, theils durch Interpretation. Zu den Versuchen der ersten Art rechne ich die Emendation des Petrus Duirsema [11]), welcher, mit Aenderung eines einzigen Buchstabens, *negata* statt legata lesen will, so daß das negare so viel als denegare bedeute. So bescheiden diese Emendation ist, desto kühner erscheint die des Johann Cannegieter [12]), welcher die Worte: cur non bey Scävola, mit *quo modo* vertauschen will. Er will sie ex notis a librariis male intellectis, nämlich Qo Mo, rechtfertigen. Darauf hat aber schon Wilh. Best [13]) erwiedert: Mihi videtur illa corrigendi ratio omnino incerta esse et fallax. Si enim initialibus solum litteris retentis, novas plane voces effingere liceat, nemo est, qui ignoret, posse quidlibet ex omnibus fere litteris produci et excogitari. Cannegieters Emendation hat daher nirgends Beyfall gefunden. Scharfsinniger ist der Versuch eines Siegm. Richard Jauchius [14]), dem auch Püttmann [15]) seinen Beyfall nicht versagen konnte. Er sagt nämlich, die Worte *cur non* seyen nicht auf das Nachfolgende, sondern auf die vorhergehende Frage, *an pecunia, quae apud tutorem ex tutela remansit, peti ab eo possit?* zu

11) Conjectural. iuris civ. Lib. I. Cap. 3. (*Groeningae* 1714. 8.)

12) Notae ad Collat. Legg. Mosaic. et Rom. Tit. VII. §. 3. pag. 221.

13) Ratio emendandi Leges. Cap. I. §. 12.

14) Meditation. de Negation. Pand. Florent. Cap. XVII. §. 15. pag. 308—310.

15) Meletemat. iuris civ. Specim. I. (*Lipsiae* 1771.) Cap. IV. (in *Opuscular.* Ejus *Sylloge* pag. 155. sqq.)

beziehen, und also nach den Worten: *nihil proponi, cur non*, ein Fragezeichen zu machen, so daß der Sinn sey, es sey gar kein Grund vorhanden, warum nicht das noch vorräthige Vermögen, welches sich in den Händen des Vormundes befindet, von ihm gefordert werden könne. Bey den nachfolgenden Worten sey die Copulativa *et* hinzuzufügen, und das *cur* hinzuzudenken, auf folgende Art: *et cur pecunia, quae pupillae esset, — legata videretur?* Statt *et* will jedoch Püttmann lieber *pecuniaque, quae pupillae esset*, durch Gemination lesen, nämlich *QUaE*. Johann Bernh. Köhler[16]) glaubt hingegen, Scävola habe nur geschrieben: *Respondi*, (welches Tribonian in respondit umgeändert habe) *nihil proponi, cur non?* Das Uebrige von den Worten an: *pecunia, quae pupillae esset — legata videretur*, sey ein unächter Zusatz von fremder Hand, welcher zur vermeintlichen Ergänzung des Gesetzes aus der *L.* 28. *D. eodem.* sey hinzugefügt worden, sey Anfangs auf den Rand geschrieben gewesen, nachher aber von den Abschreibern unvorsichtig in den Text aufgenommen worden. Diese Conjectur wird besonders dadurch unterstützt, daß Scävola in seinem Gutachten mehrmals die Formel *cur non?* schlechthin und ohne weitern Zusatz gebraucht habe, wie z. B. *L.* 19. *D. de aliment. legat. L.* 47. §. 7. *D. de admin. et peric. tutor.* Soviel von den Versuchen der Critik. Auch die Interpretation hat hier ihr Möglichstes gethan. Unter den Interpreten verdienen hier vorzüglich genannt zu werden Joh. Conr. Rücker[17]), Theod. Joh.

16) Interpretation. et Emendat. iuris Rom. Lib. I. Cap. 3. pag. 11 — 15.

17) Interpretation. iur. civ. Lib. II. Cap. 8. pag. 88 — 108. (*Lugd. Bat.* 1752. 8.)

Alexander Pagenstecher [18]), Joh. Wilhelm Pauw [19]), und Wilh. von Teisterbant genannt Bilderdyk [20]). Das Bestreben derselben geht hauptsächlich auf eine Vereinigung der *L.* 31. §. 2. mit *L.* 28. §. 4. *D. de liberat. leg.*, welche beyde von Scävola sind. Dieser Zweck ist aber wohl am wenigsten von denen erreicht worden, welche beyde Gesetze von verschiedenen Fällen erklären. In beyden habe zwar die Testirerin verboten, von dem Vormunde Ablegung der Rechnung zu fordern, allein der Unterschied bestehe darin, daß in dem Falle der L. 28. die Mündel, welcher das Vermögen gehört, das der Vormund noch in Händen hat, von der Testirerin verschieden sey, diese habe also über eine fremde Tutel disponirt. Da hier das Vermögen der Testirerin nicht gehöre, sondern ein fremdes Vermögen sey, so habe Scävola mit Recht respondirt: *nihil proponi, cur pecunia, quae pupillae est, et apud tutorem posita maneret, legata videretur.* Denn in der Befreyung von der Rechnungslegung sey kein Grund zu finden, woraus man schließen könnte, daß die Testirerin fremdes Geld habe vermachen wollen. In der L. 31. hingegen sey von einem solchen Falle die Rede, wo die Testirerin verboten habe, von ihrem Vormunde Rechnung zu verlangen; hier habe Scävola dafür gehalten, die Testirerin habe das Geld, was noch ihr Vormund aus der Tutel in Händen hat, demselben vermachen wollen, weil dieses Geld ihr gehört.

18) Spec. de violent. emendation. in iure civ. non admitt. pag. 115. sq.

19) Observation. iuris civ. Rom. liber. sing. (*Hagae Comit.* 1743. 8.) Cap. IV. pag. 20 — 23.

20) Observation. et Emendation. Lib. II. cap. 25 et 26.

So hat Rücker beyde Gesetzstellen zu vereinigen gesucht, und ebenso Joh. Gottfr. Sammet [21]). Ob damit etwas gewonnen, und die Schwierigkeit gehoben sey, ist wohl sehr zu bezweifeln. Wie konnte Scävola ein solches Gutachten ausstellen, welches die Meinung der Koryphäen, eines Papinians [22]), eines Marcians [23]), und Ulpians [24]) so offenbar gegen sich hat? Wie hätte es dem Scävola einfallen können, so geradezu dem zu widersprechen, quod est saepissime rescriptum, wie Ulpian sagt? Auf diese Art hat auch schon Püttmann die Meinung des Rückers, eines sonst trefflichen Critikers, abgefertiget; und mit ihm fällt denn auch die Meinung des ihm folgenden Sammets.

Zwar auch mit Unterscheidung der Personen, aber auf eine scharfsinnigere Art, ohne sich in neue Widersprüche zu verwickeln, sucht eine andere Erklärung die Schwierigkeit zu lösen, nach welcher die Worte der L. 31. *cur non pecunia, quae pupillae esset, et apud tutorem remaneret, legata videretur*, sich nicht, wie in der *L.* 28. auf den Vormund, sondern auf irgend einen Dritten beziehen sollen, dem die Testirerin das Geld legirt hatte, welches sich noch aus ihrer Tutel in den Händen des Vormundes befand. Der Sinn des schwierigen Gesetzes sey also: Wenn gleich dem Vormunde die Rechnungslegung von der Testirerin erlassen worden, so hindere dieses doch nicht, daß nicht demjenigen, dem die Testirerin

21) Hermeneutik des Rechts, herausgegeben von Frid. Gottl. Born (Leipzig 1801. 8.) §. 57. S. 113. f.

22) *L.* 41. *D. de admin. et peric. tutor.*

23) *L.* 119. *D. de legat. I.*

24) *L.* 9. *D. de liberat. legata.*

ihr Geld vermacht hat, auch dasjenige Geld gehöre, was ihr Vormund noch aus der Tutel in Händen hat. Dieß ist die Erklärung von Pauw, welche auch Püttmann vor allen andern auf den Fall empfiehlt, da seine Conjectur nicht allen genügen sollte. Ueber alle Einwendungen ist nun zwar freylich auch diese Erklärung nicht erhaben; denn wäre es nicht eine unverzeihliche Nachlässigkeit von Tribonian, wenn er uns nicht die ganze Geschichtserzählung des Falles mitgetheilt hätte, den Scävola hier entschieden hat? Daß sie indessen doch vor allen übrigen den Vorzug verdiene, ist nicht zu läugnen. Denn es ist nicht wohl einzusehen, warum Tribonian zwey ganz gleichlautende Gesetze über denselben Rechtsfall von eben demselben Rechtsgelehrten in denselben Titel aufgenommen haben sollte. Will man aber dennoch keiner Interpretation Beyfall geben, sondern die Critik eintreten lassen, so ist wohl unter den critischen Versuchen die, wenn gleich gewagte, doch von den meisten beliebte Wegstreichung der Negation in der L. 31. D. für die vorzüglichste zu halten, wie auch Ulr. Huber [25]) meint. Ja Cujaz [26]) sagt: vel ipsa ratio docet satis, circumscripta negatione, legendum esse, *cur pecunia — legata videretur*, quod illa repetitio huius responsi manifeste probat, atque pervincit. Carl Friedrich Walch [27]) hat alle

25) Praelection. ad Pand. Lib. XXXV. Tit. 3. pag. 435. (*Franequerae* 1690. 4.)

26) Comment. in Lib. III. Responsor. Cervidii Scaevolae ad L. ult. D. de liberat. legata. (*Oper. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 268.)

27) Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. II. §. 52. Not. *. pag. 250 — 253. (edit. tert. *Jenae* 1791.)

angeführte Critiken und Erklärungen sorgfältig geprüft und widerlegt. Das Resultat seiner Meinung, um es mit seinen eigenen Worten auszudrücken, besteht darin: profecto nihil restat, quam ut cum Accursio aeque, ac Cujacio delendam censeam particulam *non*, quae in *L.* 31. §. 2. *D. de liberat. leg.* deprehenditur. Eo minus id statuere dubito, quum, eiusmodi vitiis quasdam leges Digestorum laborare, non negandum sit: unam eandemque speciem utraque lege proponi, ex iisdem, quibus id fit, verbis clare constat, mihique omnino verisimile est, vitium hoc in memoratum locum irrepsisse, antequam in Digestorum corpus migraverit, sive sit factum incuria eius, qui responsa Scaevolae collegit, sive eorum librarii.

Nach dem Röm. Rechte kann zwar die Rechnungslegung erst nach gänzlich geendigter Tutel von dem Vormunde gefordert werden. Denn eher hat auch die actio tutelae nicht Statt. Daher sagt Ulpian *libro XXV. ad Edictum* [28]:

Et generaliter, quod traditum est, pupillum cum tutore suo agere tutelae non posse, hactenus verum est, si eadem tutela sit: *absurdum enim erat, a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli exposci, in qua adhuc perseverat.*

Und zwar muß diese Rechnung entweder dem Pupillen unter dem Beystande eines Curators abgelegt werden [29], zu welchem Zweck der Mündel von seinem Vormunde selbst aufgefordert werden muß, sich einen Curator zu er-

28) *L.* 9. §. 4. *D. h. t.*

29) *L.* 9. *cit.*

bitten, denn dieß gehört noch zu den Amtspflichten des bisherigen Vormundes, wofür er verantwortlich bleibt [30]); oder den Erben des Mündels, wenn durch den Tod desselben die Vormundschaft geendigt worden ist [31]). Nach dem heutigen gemeinen Privatrechte aber muß am Ende jeden Jahres Rechnung vom Vormunde abgelegt werden, und zwar kann ihn die Obrigkeit von Amtswegen dazu anhalten [32]), die Gesetze aber fordern ihn schon selbst dazu auf [33]); und der Vormund macht sich verdächtig, und

30) *L.* 5. §. 5. *D. de admin. et peric. tutor.*

31) *L.* 1. §. 17. *D. h. t.* Montanus Cap. XXXVIII. nr. 89.

32) Reichspolicey-Ordnung vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 3. „und jährlich nit allein auf Erforderung der Obrigkeit, sonder auch selbst, vermög seines anbefohlnen Amts, auch geleister Pflicht und Eyds, gebührlich Rechenschaft anbieten und thun, umb sein Verwaltung Rede und Antwort geben, und alles anders handeln, das einem getreuen Vormünder eignet, und zustehet, alles bey Vermeidung der Straf gemeiner Recht.“ S. Mittermaier's Grundſ. des gemeinen deutsch. Privatrechts. §. 376.

33) *L.* 1. §. 3. *D. h. t.* Montanus c. l. nr. 44. et nr. 87. Die Reichspolicey-ordnung vom J. 1548. Tit. XXXI. §. 3. gab zwar den Vormündern die ausdrückliche Anweisung, von ihrer Verwaltung Rede und Antwort zu geben; allein sie verlangte solches eigentlich nur alsdann, wenn die Obrigkeit es begehrt. Es heißt nämlich daselbst: der Vormund soll jährlich, auf Forderung der Obrigkeit, gebührliche Rechenschaft thun, um seine Verwaltung Rede und Antwort geben, und alles anders handeln, das einem getreuen Vormünder eignet und zusteht, alles bey Verpflichtung seiner Haab und Güter. So lange also an die Vormünder keine Aufforderung von der Obrigkeit erging, war auch an eine Rechnungsablegung nicht leicht zu denken. Die

kann seines Amts entsetzt werden, wenn er sich zur Erfüllung seiner Obliegenheit von der Obrigkeit mehrmalen erinnern und nöthigen läßt [34]). Daß die Obrigkeit, welche den Vormund zur jährlichen Ablegung der Rechnung auffordern kann, sofern es blos darauf ankommt, und der Vormund auch seine Verpflichtung zur Rechnungsablegung im Allgemeinen anerkennt, keine andere sey, als die obervormundschaftliche Behörde, welche den Vormund bestellt, oder bestätiget hat, und unter welcher also der Mündel oder Minderjährige für seine Person steht, hat keinen Zweifel. Denn das Verfahren über die vormundschaftliche Rechnungsablegung bleibt hier in den Grenzen der blos administrativen Behandlung stehen. Es ist hier lediglich

Obrigkeiten bewiesen sich nun auch ihrer Seits, wie es wenigstens die Folge zu ergeben scheint, eben so wenig aufmerksam. Daher geschahe es denn, daß die vorgeschriebene jährliche Rechnungsablegung, zum größten Nachtheil der Pupillen, nur selten Statt fand, sondern gewöhnlich bis zur beendigten Vormundschaft verschoben wurde. Dieser Mißbrauch und Vernachläßigung, welche so geradezu der wohlgemeinten Absicht der Gesetzgeber entgegen stritte, veranlaßte daher, daß die neuere im Jahre 1577. bekannt gemachte Reichspolicey-Ordnung in dieser Materie den sehr wichtigen Zusatz erhielt: es solle der Vormund jährlich nicht allein auf Erforderung der Obrigkeit, sondern auch selbst, vermöge seines anbefohlnen Amts, auch geleisteter Pflicht und Eides gebürlich Rechenschaft anbieten und thun, um seine Verwaltung Rede und Antwort geben ꝛc. S. J. M. Martini Vormundschaftslehre. S. 35. ff.

34) S. Just. Claproth's Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 152.

von dem Interesse des Minderjährigen die Rede, als dessen Vertreter der Vormund, und als dessen Schutzherr das Gericht, vor welchem er Rechnung ablegt, als oberaufsehende Behörde handelt, welche von dem Minderjährigen Schaden abzuwenden, und dessen Vortheil zu befördern sucht. Wenn hingegen der Vormund seine Verpflichtung als Vormund bestreitet, und wenn es insonderheit darauf ankommt, nach beendigten Vormundschaftsverhältniß, sey es auf Seiten des Vormundes, oder des Pflegbefohlnen, jene oder seine Erben zur Herausgabe des vormundschaftlichen Vermögens, wozu sie sich nicht verbunden achten, zu nöthigen; so ist dann das einzig competente Gericht, vor welchem die Klage angestellt werden muß, das forum gestae administrationis, also da, wo die Verwaltung geführt worden ist, wenn auch der Vormund seinen Wohnsitz nicht an demselben Orte hat. Denn nun handelt sich's um streitige Rechte, und eine Entscheidung über solche. Der Vormund steht nunmehr als Gegner dem Pflegbefohlnen gegenüber. Das Gericht kann nun nicht mehr blos leitend in das Interesse des Minderjährigen einwirken. Es bedarf nun eines richterlichen Erkenntnisses unter zwey streitenden Partheyen, welche gleichen Anspruch auf eine nach reinen Rechtsgrundsätzen zu ertheilende Entscheidung haben. Solchemnach verwandelt sich also der sonst mehr administrative Character ganz in den streng processualischen, wobey nichts von dem, was die Regeln des Prozesses erfordern, ausser Acht gelassen werden darf [35]). Dieß ist

35) Diesen Unterschied hat sehr gründlich ausgeführt B. W. Pfeiffer in den pract. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. 1. B. (Hannover 1825. 4.) Nr. XIX. unter der Aufschrift: die gewöhnliche Rechnungsablage des Vormundes in unstreitigen

nun auch in den Gesetzen klar ausgesprochen. Es gehören vorzüglich hierher.

L. 54. §. 1. *D. de procurator.* Paulus *libro L. ad Edictum.* Tutores, qui in aliquo loco administraverunt, *eodem loco et defendi debent.*

L. 1. *Cod. Ubi de ratiociniis.* (III. 21.) Impp. Diocletian. *et* Maximian. AA. et CC. *Gerontio.* Eum, qui aliena negotia sive ex tutela sive ex quocunque alio titulo administravit, *ubi haec gessit,* rationem oportet reddere.

L. 19. §. 1. *D. de iudiciis.* Ulpianus *libro LX. ad Edictum.* Si quis tutelam, vel curam, vel negotia, vel argentariam, vel quid aliud, unde obligatio oritur, certo loco administravit, *etsi ibi domicilium non habuit,* ibi se debebit defendere, et si non defendat, neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur.

Die Obrigkeit darf nun zwar von der gesetzlichen Vorschrift nicht abweichen, sie darf also auch dem Vormunde die Rechnungsablegung nicht erlassen. Sollte indessen der Mündel kein eigenes Vermögen besitzen, so ist

Fällen gehört zwar vor den Gerichtsstand des Pflegbefohlnen; wenn es jedoch hierüber zum processualischen Verfahren kommt, ist nur der Gerichtsstand der geführten Verwaltung für competent zu halten. Man vergleiche noch Adolph Diet. Weber's Beyträge zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden. 2. St. Nr. XI. S. 35—58. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 538 (der 7. verb. Ausgabe). Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. Bd. §. 1629. und den 6. B. dieses Commentars §. 521. S. 337.

der Vormund natürlich solange davon befreyt, bis der Pflegbefohlne zu Vermögen gelangt [36]). Sie kann auch wohl, wenn das Vermögen unbedeutend ist, mehrere Jahrgänge in der Rechnung zusammen zu fassen gestatten, wenn nur die Rechnung des ersten Jahres gehörig gelegt und justificirt ist [37]), wovon uns selbst Landesgesetze Beyspiele geben [38]).

§. 1364.

Einrichtung der Vormundschaftsrechnung, und Justification derselben. Gerichtliches Verfahren dabey.

Die Vormundschaftsrechnung muß nun dem Richter, welcher den Vormund bestellt hat, übergeben werden. Die Grundlage der ersten muß ein beglaubtes Güterverzeichniß seyn, und dieses auch der Rechnung beygefügt werden. Die Rechnung selbst zerfällt in zwey Hauptabschnitte, in Einnahme und Ausgabe. Die Einnahmen sowohl als die Ausgaben müssen alle speciell angegeben seyn, und die einzelnen Posten derselben nach ihren verschiedenen Arten unter bestimmte Titel-Rubriken gebracht werden. Eine blos allgemeine Angabe in solle, oder, wie man zu sagen pflegt, in Bausch und Bogen, wird nicht gestattet. Da die Zuverläßigkeit das wesentlichste Erforderniß der Rechnung ist, so müssen auch die einzelnen Posten gehörig er-

36) S. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. B. Erört. XXXVII. §. 3. S. 289.

37) S. Pucht a angef. Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürg. Rechtssachen. 2. Th. §. 320. und Mittermaier's Grdf. des gemein. deutsch. Privatrechts. §. 376.

38) Z. B. das allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 18. Tit. §. 651. Mehrere Beyspiele führt Mittermaier a. a. O. an.

wiesen, und mit den nöthigen Belegen versehen seyn. Diese Bescheinigung wird auch dann erfordert, wenn gleich der Vater des Pupillen in seinem Testamente ausdrücklich befohlen hätte, daß man bey den Ausgaben dem bloßen Ansätzen des Vormundes glauben solle, weil dieses zu Betrügereyen verleiten könnte [39]). Geringfügige Posten, worüber keine Belege beygebracht werden können, weil Bescheinigungen darüber nicht gewöhnlich sind, werden der eidlichen Bestärkung des Rechnungsführers überlassen [40]), Ueberhaupt darf man es mit diesen Belegen nicht allzu genau nehmen, sondern man muß in billige Erwägung ziehen, daß sie nicht immer in der Gestalt vollständiger gerichtlicher Beweise zu haben sind [41]). Die Belege pflegen in fortlaufenden Ziffern oder Buchstaben bezeichnet, und bemerkt zu werden [42]).

Die übergebene Rechnung muß nun nicht nur im Calcül, und in ihrer äußern Form revidirt, und mit den Belegen verglichen, sondern auch vorzüglich nach ihrem materiellen Inhalt genau geprüft werden, welches Geschäft das vormundschaftliche Gericht gewöhnlich einem Rech-

39) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

40) S. Montanus Cap. XXXII. Reg. VIII. nr. 5. et 6. Brückner Diss. cit. de rationib. administrator. Cap. IV. Th. 5. und Ernst Christ. Westphal's Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerl. Rechts 1. B. h. t. §. 2. S. 143.

41) S. Puchta angef. Handbuch. 2. Th. §. 320. S. 440.

42) Formulare vormundschaftlicher Rechnungen haben Claproth Rechtswissensch. von freywill. Gerichtshandlungen §. 152. S. 298. ff. (der 3. Aufl. Göttingen 1789.) und vorzüglich Puchta im angef. Handbuche. 2. Th. S. 586—600.

nungsverständigen zu übertragen pflegt [43]). Von diesen werden schriftliche Erinnerungen gegen die Rechnung gemacht, die man Monita oder Notata nennt, und solche dem Vormunde zur Beantwortung oder Erläuterung zugefertiget. Der Pflegbefohlne wird zwar bey Revision der Rechnung nicht zugezogen. Wäre er indessen erwachsen, und hätte gegründete Erinnerungen anzubringen; so müssen auch diese vom Richter aufgenommen werden [44]). Die Erinnerungen werden von dem Vormunde schriftlich beantwortet, und nach vorkommenden Umständen kann es hier zur Replik und Duplik kommen. Hat der Vormund die Erinnerungen allenthalben befriedigend beantwortet und erläutert, auch den etwa noch fehlenden Belegen abgeholfen; so wird der Vormund in einer Resolution von der obervormundschaftlichen Behörde dechargirt oder quittirt [45]). Sollten aber Anstände geblieben seyn, die eine weitere rechtliche Ausführung erfordern, so werden diese streitigen Puncte zum förmlichen Proceß ausgesetzt. Dem Mündel muß in diesem Falle ein Curator ad litem beygeordnet werden, welcher mit dem Vormunde die Sache rechtlich ausführen muß [46]). Uebrigens geschieht die Ablegung der Rechnung von dem Vormunde auf Kosten des Pupillen [47]),

43) S. Joh. Christ. Rebmann von dem gerichtl. und aussergerichtl. Verfahren in Rechnungs-Angelegenheiten. (Erlangen 1789) §. 33. ff. und Westphal a. a. O. §. 3.

44) Claproth a. a. O. §. 153. S. 304.

45) S. Rebmann's angeführte Schrift §. 75. ff. besonders §. 78 S. 163. f.

46) S. Claproth a. a. O. §. 153. S. 307. und Puchta S. 441.

47) S. Westphals angef. Rechtsgutachten. 1. B. h. t. §. 4. S. 143. und Brückner cit. Dissertat. Cap. VII. Th. 8.

besonders wenn er sich dabey der Hülfe eines Rechnungsverständigen bedient hat [48]).

§. 1365.

Können justificirte Rechnungen angefochten werden?

Ist nun auf solche Art die Vormundsschaftsrechnung abgelegt, justificirt, und quittirt worden, so kann sie der Regel nach in keine weitere Untersuchung gezogen werden, und die darüber dem Vormunde ertheilte schriftliche Quittung schützt denselben gegen allen weitern Anspruch [49]). Ausnahmen finden jedoch Statt, 1) wenn sich in der Folge ein bisher unbekannter Rechnungsfehler gefunden hat, und dieser klar bewiesen werden kann. Ein solcher Rechnungsfehler kann von zweyerley Art seyn. Er kann entweder durch falsches Zusammenrechnen, (error computationis) oder durch ein Versehen entstanden seyn, wodurch entweder Einnahmeposten vergessen, oder Posten in Ausgabe verrechnet worden sind, welche nicht waren ausgegeben worden, (error quantitatis). Einen Rechnungsfehler der ersten Art, welcher im eigentlichen Sinne *error calculi* genennet wird, erlauben die Gesetze noch in dreyßig Jahren in Anregung zu bringen, und dessen Verbesserung zu fordern. Es muß nur nicht über den Rechnungsverstoß gestritten, und darüber rechtskräftig erkannt, oder von dem Minderjährigen nach erreichter Großjährigkeit ein Ver-

48) S. Puchta a. a. O. S. 440.

49) Arg. *L. 2. C. de apochis public.* S. Munoz ab Escobar de rationib. administrator. Cap. XLI. pr. *Franc. de* Amaya Commentar. in tres posteriores libros Cod. Tom I. ad L. 2. cit. pag. 265. und Brückner Diss. cit. de rationibus administrator. Cap. VI. Th. 1.

gleich darüber geschlossen worden seyn[50]). Hierher gehören folgende Gesetze.

L. un. C. de errore calculi. (II. 5.) Impp. Diocletian. et Maximian. AA. et CC. Aureliano. Errorem calculi, sive ex uno contractu, sive ex pluribus emerserit, veritati non adferre praeiudicium, saepe constitutum est: unde rationes etiam saepe computatas denuo retractari posse, si res iudicatae non sunt, vel transactio non intervenit, explorati iuris est.

L. 8. D. de administrat. rer. ad civitat. pertin. (*L. 8.*) Modestinus *libro VIII. Regularum.* Calculi erroris retractatio etiam post decennii aut vicennii tempora admittetur. §. 1. Sed si *gratiose*[51]) expunctae dicentur, non retractabuntur.

50) S. Brückneri Diss. cit. Cap. VII. Th. 7. *Aug. a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol XI. Specim. DCLXXVII. medit. 4. *Achat. Lud. Car.* Schmid Epist. de impugnandis administratorum rationibus, postquam adprobatae sunt, ad fratr. *Paul. Guil.* Schmid. *Jenae* 1755. 4, §. 8. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. III. Observat. XCIX. §. 8. pag. 264. und Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Processes. Band IV. Abh. LXXV. §. 17.

51) *Jac.* Cujacius in Commentar. ad tres postrem. libros Cod. ad L. 2. de iure fisci. X. 1. will statt *gratiose* lieber *rationes* lesen, weil man sonst nicht wisse, worauf das *expunctae* gehen soll. Er unterscheidet nun zwischen *expunctae* und *dispunctae rationes.* Ihm stimmt auch *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo in Hermogeniani libros VI. Epitomar. iur. Commentar. ad §. 1. L. 13. D. de divers. temporal. praescript. §. 1. pag. 954. bey, und erklärt §. 8. pag. 957. was *expungere* und *dispungere*

L. 1. §. 1. *D. Quae sententiae sine appellat. rescindant.* Macer *libro II. de Appellation.* Item si *calculi error* in sententia esse dicatur, appellare

rationes heißt. *Expungere* heiße eine Rechnung tilgen, austhun, kassiren, welches bey den Römern nicht durch ein Durchstreichen, sondern durch Puncte geschahe, die man unter jedes einzelne Wort machte. *Dispungere* aber heiße, wie Ulpian *L.* 56. *pr. D. de Verb. Signif.* sagt, so viel, als conferre accepta et data, also Einnahme und Ausgabe zusammenrechnen, und gegen einander vergleichen. Nur rationes *dispunctae* könnten auch noch post longum tempus retractirt werden, nicht aber *expunctae*. Die Emendation des Cujaz billiget auch *Jo. Jac.* Wissenbach in Comm. in libros VII. prior. Cod. ad Tit. 5. Libri II. de errore calc. pag. 88. Allein *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. LL. Cod. ad eund. Tit. pag. 75. verwirft diese Emendation, und will, wenn ja etwas geändert werden soll, lieber das Wort *rationes* hinzusetzen oder hinzudenken, nämlich *rationes gratiose expunctae*. Diese Emendation verdient auch wohl unstreitig der Cujazischen vorgezogen zu werden. Denn daß hier das Wort *computationes* oder *rationes* ergänzt werden muß, lehrt ja schon das Vorhergehende *calculi erroris retractatio*; denn error calculi wird *L.* 1. §. 1. *D. Quae sentent. sine appellat.* auch error *computationis* genennt. Es fragt sich nur, was das Wort *gratiose* hier für eine Bedeutung habe? Brissonius de Verb. Significat. h. v. erklärt diesen Ausdruck per gratiam, mit Beziehung auf unsere Gesetzstelle. Diesem gemäß, sagt Pothier Pandect. Justin. Tom. III. Lib. L. Tit. 8. Nr. XVI. Not. p. pag. 621., sey der Sinn der L. 8: Si non calculi error, *sed gratia arguatur*; post supra dictum tempus *non retractantur*. Er bemerkt zugleich mit Cujaz, quod *gratiose* sit in perniciem Reipublicae, nunquam ullius momenti esse potest. Wie sich nun aber dieß mit *non retractantur* vertrage, ist schwer zu errathen. Nach *Jo.* Calvini Erklärung

necesse non est: — *nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est, et citra provocationem corrigitur.*

Wegen der andern Rechnungsfehler soll zwar wider den Rechnungsführer binnen zwanzig, wider die Erben hingegen nur binnen zehen Jahren eine anderweite Rechnungsuntersuchung verlangt werden können. Von diesen erklärt Joseph Finestres[52]) die Stelle aus Hermogenian's *libro VI. iuris Epitomarum*, welche *L.* 13. §. 1. *D. de divers. temporal. praescript.* (XLIV. 3.) also lautet:

Reipublicae rationes subscriptae et expunctae adversus eum quidem, qui administravit, ultra viginti, adversus heredem vero ultra decem annos retractari non possunt.

Es ist zwar hier blos von Rechnungen städtischer Verwaltungsbeamter die Rede, es ist indessen kein Grund vorhanden, warum dieses Gesetz nicht auch auf Vormünder angewendet werden könnte. Da jedoch ein Minderjähriger erst nach erlangter Großjährigkeit in den Stand

in Lexic. iurid. voc. *Gratiose* sind rationes *gratiose* expunctae solche, quae *bona utriusque partis gratia, et sine ulla contentione* expunctae sunt. Nach dieser Erklärung heißt also *gratiose*, wenn die Rechnung mit Uebereinkunft beyder Theile durch Vergleich oder gültige Entsagung abgethan worden ist. Hier dürfen nachher keine weitere Erinnerungen dagegen gemacht werden. So erklären diese Stelle *Franc. de* Amaya in Commentar. in tres posterior. libros Cod. Tom. I. Lib X. Tit. 1. ad L. 2. de iure fisci. nr. 65. pag. 27. und Just. Claproth von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 153. S. 308.

52) Hermogenian. c. l. §. 5. pag. 955.

gesetzt wird, seine Rechte aus der geführten Vormundschaft geltend zu machen; so kann wohl der hier gesetzlich bestimmte Zeitraum, nach dessen Ablauf justificirte Rechnungen nicht weiter angefochten werden sollen, erst von da an gerechnet werden. Ueberhaupt müssen Minderjährige auch hier nach den besondern ihnen zustehenden Rechtswohlthaten, besonders der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche sie auch gegen gerichtliche Handlungen suchen können [53]), beurtheilt werden [54]).

§. 1365. a.

Actio rationibus distrahendis.

Ein Hauptgrund, die von den Vormund abgelegte Rechnung anzufechten, und eine neue Prüfung und Untersuchung derselben zu verlangen, ist 2), wenn der Vormund arglistig falsche Rechnung abgelegt, und entweder Einnahme-Posten unterschlagen, oder Posten in der Ausgabe fälschlich verrechnet hat. Denn gerade darin besteht ja der wesentliche Zweck der vormundschaftlichen Rechnung, daß der Vormund dadurch beweisen soll, constare fidem omnibus, quae ab eo gesta sunt, wie Pomponius [55]) sagt, ut neque subtraxerit quid ex his,

53) *L.* 2. *C. Si tutor vel curator interven.* (II. 25.)

54) S. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 98. Gönner's Handbuch des deutsch. gemein. Processes. 4. Band. Nr. LXXV. §. 17. S. 137. und Wilh. Aug. Fried. Danz Grds. der summarischen Processe, vermehrt, und zum Theil umgearbeitet von Gönner (Stuttg. 1806.) 5. Hptst. §. 45. S. 54. Man vergl. auch noch Rehmann von gerichtl. und ausergerichtl. Verfahren in Rechnungs-Angelegenheiten. §. 81 — 90. S. 172 — 187.

55) *L.* 111. *D. de condit. et demonstrat.*

quae acceperit, neque expensum rationibus praescripserit, quae non dederit.

Schon die XII Tafeln gaben wegen Diebstahls des Tutors dem Pupillen eine Klage auf das Doppelte, und gegen mehrere Tutoren in solidum. So lehrt Tryphoninus *libro XIV. Disputationum* [56]), wo er sagt:

Sed *si ipsi tutores rem pupilli furati sunt*, videamus, an ea actione, quae proponitur *ex lege duodecim tabularum* adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur, et quamvis unus duplum praestiterit, nihilo minus etiam alii teneantur? Nam in aliis furibus eiusdem rei pluribus non est propterea ceteris poenae deprecatio, quod ab uno iam exacta est: sed tutores, propter admissam administrationem, non tam invito domino contrectare eam videntur, quam perfide agere. Nemo denique dicet, unum tutorem et duplum hac actione praestare, et quasi specie condictionis, aut ipsam rem, aut eius aestimationem.

Viele [57]) halten diese actio in duplum für die *actio rationibus distrahendis*, und leiten ihren Ursprung aus

56) *L.* 55. §. 1. *D. de administr. et peric. tutor. et curator.*

57) *Jac.* Cujacius ad Lib. II. Tit. 30. Sententiar. Pauli. (in Schulting *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 325.) und in Paratitl. ad Dig. h. t. *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VII. Illat. 73. pag. 899. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. *Altera rubricae pars.* Tom II. *Oper.* pag. 575. *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iuris secund. ord. Dig. h. t. §. 23—25. und *Jo. Gottl.* Heineccius Antiquit. Rom. iurisprud. illustrant. Synt. Lib. I. Tit. 26. §. V. m. m. a.

den XII. Tafeln her. Contius reſtituirte daher das Geſetz auf folgende Art[58]):

Si tutor rationes pupilli distraxerit, duplionem solvito.

Allein ſchon Cornel. van Bynkershök[59]) erinnerte dagegen ſehr richtig, daß die actio rationibus distrahendis von derjenigen actio dupli, welche Tryphonin aus dem Geſetz der XII. Tafeln herleitet, ganz verſchieden ſey, weil jene Klage auch sine furto Statt finde. Denn wegen des Diebſtahls hatte eine vortheilhaftere Klage Statt, die actio furti, welche eine reine Pönalklage iſt. Nun kann zwar auch in dieſem Falle, nämlich wenn der Vormund den Mündel wirklich beſtohlen hat, die actio R. D. angeſtellt werden; tutor enim, qui intercepit pecuniam pupillarem, ſagt Ulpian[60]), — et *tutelae* et *furti* obligatur; aber mit der actio furti kann er, wie Paulus *libro VIII. ad Sabinum*[61]) lehrt, doch nur eigentlich dann belangt werden, si *furandi animo* in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit; dahingegen die actio R. D. auch da zuſteht, ubi furandi animus non adest, ob ſie gleich immer einen dolus tutoris curatorisve, quo minorem fraudare voluerunt, wie derſelbe Paulus[62]) ſagt, voraus-

58) S. Heinr. Ed Dirkſen Kritik und Herſtellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. Tab. VIII. Kap. 15. Fr. 20. S. 602. f.

59) Observation. iuris Rom. Lib. VI. cap. 8. pag. 114. (edit. *Heinecc.*)

60) *L.* 1. §. 22. *D. h. t.*

61) *L.* 2. *pr. et* §. 1. *D. h. t.*

62) *Sentent. Receptar. Lib. II. Tit.* 30.

setzt. Es scheint also die nachher so benannte actio rationibus distrahendis durch Erweiterung der in den XII Tafeln wegen Diebstahls des Tutors dem Pupillen aufs Doppelte gegebenen Klage, und also durch Interpretation entstanden zu seyn [63]), welche dann der Prätor, so wie die Klagen aus der Vormundschaft, welche auch ihrem Ursprunge nach Civilklagen sind, und zu denen ebenfalls unsere Klage gehört, in sein Edict, als die gemeine Proceßordnung, aufgenommen hat [64]). Da jedoch selbst in den Gesetzen häufig dasjenige den XII Tafeln zugeschrieben wird, was bloß durch Interpretation derselben von den römischen Rechtsgelehrten ist eingeführt worden [65]); so läßt sich die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten allerdings rechtfertigen, welche die actio rationibus distrahendis den XII Tafeln zuschreiben. Dem Cicero mag sie wohl schon bekannt gewesen seyn, wenn er von Veruntreuungen der Vormünder, als häufig vorkommenden Fällen, spricht [66]).

Wegen falscher Rechnungslegung und Unterschlagungen des Vormundes findet also die *actio rationibus distrahendis* Statt. Dieß ist der eigentliche Name dieser Klage, wie aus *L.* 1. §. 19. *D. h. t.* und *L.* 2. *D. de contrar. tutelae et utili act.* erhellet, gerade so wie die *actio communi dividundo* und *familiae erciscundae*; vielleicht ist comparata zu subintelligiren, oder der Name

63) S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abtheil. §. 248. S. 936.

64) S. Westenberg c. l. §. 25.

65) S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 56. der zweyten Ausgabe. S. 171. f.

66) *De natura Deor. Lib. III. cap.* 30. Inde tot iudicia de fide mala tutelae.

rührt her von den Anfangsworten des Edicts [67]). Auch in den Basiliken [68]), wird sie schlechthin ἡ ῥατιονίβους διστραέντις genennt. Zwar kommt auch der Name *de rationibus distrahendis* vor. Z. B. *L.* 1. §. 21. und *L.* 2. *D. h. t.* Allein schon Bynkershök hat bemerkt, daß das *de* in mehreren Handschriften und alten Ausgaben [69]) fehle.

Wenn Paulus in *Sentent. Recept. Lib. II. Tit.* 30. sagt:

67) Das Edict selbst findet sich zwar nicht, allein daß ein solches vorhanden gewesen sey, ist wahrscheinlich, weil der Prätor die Klagen aus der Vormundschaft in sein Edict aufgenommen hat. Der Inhalt desselben über die actio R. D. ist uns jedoch unbekannt. *Corn. van* Bynkershoek *c. l. Princ.* pag. 143. meint, das Edict könnte vielleicht folgendermassen gelautet haben: *Rationibus distrahendis pupilli si quis tutor dolo malo occasionem praebuerit, dupla luat.* Allein Bynkershök hat hier das Wort *rationes* in einer Bedeutung genommen, welche noch vielen Zweifeln unterworfen ist, wie sich nachher finden wird. *de* Weyhe libri tres Edicti. pag. 228. hat es daher so zu restituiren gesucht: *Tutor si quid ex bonis pupilli abstulisse dicetur, in duplum iudicium dabo.* Eine stärkere Vermuthung über die Fassung des Edicts giebt uns Paulus *Sentent. Receptar. Lib. II. Tit.* 30. und *L.* 2. §. 1. *in fin. D. h. t.* Nach Maßgebung dieser Stellen könnte vielleicht das Edict folgendermassen gelautet haben: *Rationibus distrahendis ex eo, quod dolo tutoris curatorisve pupillo abest, in duplum eius pecuniae, qua minorem fraudare voluerunt, iudicium dabo.*

68) Tom. V. Libr. XXXVIII. Tit. 3. Const. 1. §. 10. et 13. pag. 64. und Schol. z. pag. 76. auch Tit. 4. Const. 2. pag. 90.

69) Z. B. in den Ausgaben von Haloander und Merlinus.

Dolo tutoris curatorisve detecto, in duplum eius pecuniae condemnatione conveniuntur, qua minorem fraudare voluerunt;

so sind alle Ausleger darin einverstanden, daß damit die actio rationibus distrahendis bezeichnet werde [70]). Noch deutlicher aber hat sich Paulus *libro VIII. ad Sabinum* [71]) erklärt, wenn er daselbst sagt:

Actione (de) rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit.

Es werden, also bey dieser Klage solche Vormünder vorausgesetzt, welche das Vermögen des Pupillen wirklich verwaltet haben, nicht nur gesetzliche, gegen welche die Klage Anfangs nur Statt gefunden haben soll, wie Anton Faber [72]) und Janus a Costa [73]) meinen; sondern auch testamentarische und Dativ-Vormünder, auf welche sie nachher angewendet worden, so daß sie gegen

70) Daher hält auch Cujaz die Rubrik des Tit. 30. *ad Orationem Divi Severi* für fehlerhaft. Er will dafür *De rationibus distrahendis* lesen. Allein *Ant.* Augustinus in Modestinum de Excusat. ad L. 6. §. 18. und *van* Bynkershoek c. l. pag. 115. wollen nichts ändern, weil die *Oratio D.* Severi, wovon Ulpian in der *L.* 1. §. 2. *D. de reb. eorum, qui sub tut.* ohnehin nur einen Theil aufbehalten hat, wahrscheinlich noch mehr von der Verwaltung der Vormünder verordnet habe, und also auch von dieser Klage gehandelt haben könne. Sie handelte ja auch, wie oben vorgekommen ist, von der rationum nominatio.

71) *L.* 2. *pr. D. h. t.*

72) Jurispr. Papin. pag. 899.

73) Commentar. ad §. 2. I. de suspectis tutor.

alle gesetzmäßig bestellte Vormünder angestellt werden kann, welche die Tutel wirklich verwaltet haben, wie Ulpian lehrt *L.* 1. §. 19. *D. h. t.*

Rationibus distrahendis actione non solum hi tenentur tutores, qui legitimi fuerunt, sed omnes, qui iure tutores sunt, et gerunt tutelam.

§. 1365. b.

Gegenstand, Grund und Concurrenz der actio R. D. mit andern Klagen. Erläuterung der *L.* 1. § 21. *et* 22. *et L.* 2. §. 1. *D. h. t.*

Die Klage geht nun auf doppelten Ersatz dessen, was der Vormund treulos unterschlagen hat, nicht auch des übrigen Interesse. Das Doppelte enthält aber theils den Werth des Unterschlagenen, theils Strafe. Die Klage ist also keine reine, sondern eine gemischte Pönalklage, aber keine actio arbitraria, welche erst durch Widerspänstigkeit auf das Doppelte erwachse, wie Cujacius[74] ohne allen Grund behauptet[75]. Das Gegentheil erhellet aus folgenden Gesetzen.

L. 1. §. 20. *D. h. t.* Considerandum est, in

74) Comment. ad Libr. XXXIX. Pauli ad Edictum ad L. 48. D. ad Leg. Aquil. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. II. pag. 616.) und Observation. Lib. VIII. cap. 24.

75) *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo in Hermogeniani iuris Epitomar. libros Comment. ad L. 32. D. de obligat. et act. §. 47. pag. 621. *Franc.* Aler Diss. de electivo, quem vocant, actionum concursu. *Heidelberg.* 1757. §. 25. besonders *Jac.* Voorda Elector. libr. Cap. XVI. pag. 251. sq. haben diese Meinung des Cujaz mit Recht verworfen.

hac actione, utrum pretium rei tantum duplicetur, an etiam quod pupilli intersit? Et magis esse arbitror, in hac actione *quod interest* non venire.

L. 2. §. 2. *D. eodem.* Haec actio licet in duplum sit, in simplo rei persecutionem continet, non tota dupli poena est.

Als Pönalklage unterscheidet sie sich von der nur auf das Einfache zu richtenden tutelae actio; sie kann deswegen auch nicht, wie diese, gegen die Erben angestellt werden, ob sie gleich den Erben des Mündels oder Pflegbefohlnen zusteht.

L. 1. §. 23. *D. h. t.* Hanc actionem sciendum est perpetuam esse, et heredi similibusque personis dari ex eo, quod vivo pupillo captum est. Sed in heredem ceterosque successores non dabitur, quia poenalis est.

Da die Klage wegen der Unterschlagungen des Vormundes angestellt wird, und immer einen Dolus zum Grunde hat, so glauben einige [76]), sie entstehe aus einem Delict. Allein diese Ansicht hat die ganz deutliche Stelle Ulpians *L.* 1. §. 21. *h. t.* gegen sich, wo es heißt:

In tutela *ex una obligatione* duas esse actiones constat: et ideo, sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest: sive contra, tutelae actio, quod ad speciem istam, peremta est.

Aus diesem Gesetz zieht Jacob Voorda [77]) die ganz richtige Schlußfolge, daß die actio rationibus distra-

76) S. Westenberg Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 24.

77) Elector. lib. sing. Cap. XVI. pag. 147. sq.

hendis entweder keine actio ex delicto sey, oder daß auch die tutelae actio eine actio ex delicto seyn müsse, weil beyde aus demselben Grunde entstehen. Letzteres wäre aber höchst ungereimt. Beyde entstehen also vielmehr ex ipsa tutelae administratione, oder, wie Ulpian *L.* 1. §. 22. *h. t.* sagt, ex tutelae obligatione [78]). Zwar lehrt Paulus *L.* 2. *D. h. t.* mit der actio rationibus distrahendis concurrire die actio furti, auch die condictio ex furtiva causa finde Statt, nämlich wenn der Vormund bey der Verwaltung der Tutel Sachen des Mündels *furandi animo* entwendet hat. Allein daraus folgt nicht, daß die actio R. D. selbst ex delicto sey, quamvis tutor utraque actione obligetur. Den verschiedenen Grund beyder Klagen giebt Ulpian *L.* 1. §. 22. *h. t.* an, wo er sagt:

Hunc tamen tutorem, qui intercepit pecuniam pupillarem, et *furti* teneri, Papinianus ait: qui, et si furti teneatur, hac actione conventus, *furti actione* non liberatur: *nec enim eadem est obligatio furti ac tutelae*, ut quis dicat [79]) plures esse actiones eiusdem facti, sed plures obligationes: *nam et tutelae et furti obligatur.*

78) Man vergleiche auch *Bav.* Voorda Thes. Controv. Dec. XXV. §. 5. Ryckbros Observat. Jur. Rom. Cap. IV. sq. und Smallenburg ad *Ant.* Schultingii Notas ad Dig. s. Pand. Tom. IV. h. t. pag. 477.

79) Die Lesart: ut quis *non* dicat, bey Haloander ist offenbar unrichtig. S. *Ant.* Augustinus Emendation. Lib. I. cap. 2. (in *Thes. I. R. Otton.* T. IV. pag. 1435.) *Siegm. Reich.* Jaucbius Meditat. crit. de Negationib. Pand. Florent. Cap. V. §. 28. pag. 75. und Voorda Thes. controv. Dec. XXV. §. 10.

Hieraus ist nun auch die Frage zu entscheiden, in wiefern die actio rationibus distrahendis mit der actio tutelae und den Klagen wegen Diebstahls concurrire, und in wiefern die eine durch die andere aufgehoben werde? Hier ist nun zwar

1) was die actio furti betrifft, deutlich genug entschieden, daß diese durch die actio rationibus distrahendis eben so wenig, als diese durch jene aufgehoben werde. Denn die actio furti ist eine reine Pönalklage, welche aus einem Delict entsteht, die actio R. D. aber eine actio mixta, welche aus der Verwaltung einer Vormundschaft entspringt. Es ist also hier ein verschiedener Klagegrund vorhanden. *Non eadem est obligatio* FURTI *ac* TUTELAE, sagt Ulpian. Man könnte zwar einwenden die mehreren Klagen wären doch durch einerley factum entstanden, nämlich durch diebische Veruntreuung des Vormundes. Dieß ist ein Einwurf, den sich Ulpian in den Worten macht: *ut quis dicat plures esse actionis eiusdem facti.* Er räumt ihn aber dadurch aus dem Wege, daß dennoch hier mehrere Forderungsgründe (obligationes) vorhanden wären: *tutor enim et* TUTELAE *et* FURTI *obligatur.* Ulpian und Paulus sind daher darin einverstanden, daß beyde Klagen, die actio rationibus distrahendis und die actio furti, ob sie gleich beyde Pönalklagen sind, doch dergestalt mit einander concurriren, *ut altera alteram non tollat*, mithin der Vormund, wenn er auch mit der actio R. D. belangt worden ist, dennoch von der actio furti nicht befreyt werde, wie Ulpian ausdrücklich sagt. Hierin sind auch alle neuere Rechtsgelehrten [80]) einverstanden, jedoch so,

80) S. *Pet.* FABER Comment. ad L. 130. D. de div. Regg. iuris pag. 293. *Jac.* CUJACIUS Praelection. in Tit.

daß wenn zuerst die actio rationibus distrahendis angestellt worden, die actio furti, die blos auf die Strafe geht, zwar noch übrig ist, der Kläger sich jedoch das abziehen lassen muß, was er bereits an Strafe durch die actio R. D. erhalten hat, und so umgekehrt, wenn er zuerst mit der actio furti geklagt hat, er nachher mit der actio R. D. nur noch, mit Abrechnung dessen, was er durch die erstere an Strafe schon erhalten hat, auf Ersatz des Unterschlagenen, also reipersecutorisch klagen kann[81]). Größere Schwierigkeiten hat

2) die Auflösung der Frage, in wiefern die actio rationibus distrahendis mit der actio tutelae directa, oder mit der condictio furtiva concurrire? Ulpian sagt zwar bestimmt genug: *sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra, tutelae actio, quod ad speciem istam, peremta est.* Eben dieses sagt auch Paulus von der condictio furtiva: Sed et *condictio ex furtiva causa* competit, *per quam si consecutus fuerit pupillus, quod fuerit ablatum, tollitur hoc iudicium:* (sc. actio rationibus distrahendis, welche hier

Dig. de div. Regg. iuris ad eandem L. 130. *Heinh.* Bachovius Nott. et Animadverss. ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. IX. Th. VI. Lit. A. pag. 496. *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Tit. XII. Pr. VII. Illat. 73. pag. 899. *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. nr. 3. und *Herm. a* Vianen Diss. de concursu actionum. Cap. III. §. 5. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. auctior recus. pag. 304.)

81) Arg. *L.* 1. *D. Arbor. furtim caesar.* (XLVII. 7.) S. Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. LXIII. not. f. pag. 150.

auch für den Fall als begründet angenommen wird, si tutor in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit,) *quia nihil absit pupillo.* Dennoch hat man diese Aeusserungen des Ulpianus und Paulus weder mit den allgemeinen Grundsätzen von der Concurrenz einer actio rei persecutoria mit einer actio poenalis mixta zu vereinigen gewust [82]), noch sich erklären können, wie das Einfordern des bloßen Schadensersatzes von der Klage auf die Strafe ausschließen könne, da Paulus selbst sage, bey der actio R. D. wenn sie gleich auf das Doppelte geht, sey doch nur die eine Hälfte reipersecutorisch, die andere aber eine reine Strafe. Man hat dieser Schwierigkeit auf mancherley Art abzuhelfen gesucht. Einige [83]) sagen, die actio R. D. werde durch die actio tutelae oder condictio furtiva nur in so fern aufgehoben, als sie reipersecutorisch ist, insofern concurrire sie mit diesen Klagen electivisch; insofern sie aber eine Pönalklage ist, auch cumulativisch, so daß wenn auch schon mit der actio tutelae auf Schadensersatz geklagt worden, doch noch mit der

82) Man vergleiche *L.* 7. §. 1. *D. de condict. furt. L.* 7. §. 1. *D. Commodati. L.* 34. §. 2. *D. de obligat. et action. L.* 41. §. 1. *D. eodem.* S. *Herm. a* Vianen Diss. cit. Cap. III. §. 1.

83) S. *Franc.* Hotomanus Quaestion. illustr. libr. Quaest. 28. pag. 214. (*Genevae* 1573. 8.) *Pet.* Faber Comm. ad L. 130. D. de div. Reg. iur. pag. 292. sqq. *Henr.* Hahn Observata th. pract. ad *Wesenbecii* Dig. P. II. h. t. Nr. VI. pag. 240. *Jo.* Voet Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 19. *Corn. van* Eck Princip. iuris civ. sec. ord. Dig. P. II. h. t. §. 7. *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 30. *Jul. Frid.* Malblanc Princip. iur. Rom. secund. ord. Dig. P. II. Sect. ult. h. t. §. 677. u. m. a.

actio R. D. die Strafe gefordert werden könne. Allein diese Erklärung läßt den gewiß nicht unerheblichen Zweifel übrig, daß es doch etwas sonderbar wäre, wenn in dem Titel, wo ex professo von der actio rationibus distrahendis gehandelt wird, zweymal jene so wichtige Einschränkung sollte vergessen worden seyn. Andere [84]) nehmen daher zur Critik ihre Zuflucht, und wollen statt QUIA *nihil absit pupillo*, quamdiu oder quatenus lesen. Das quamdiu soll nämlich per siglum QUI geschrieben gewesen seyn, wie Petrus Diaconus in *notis Veterum* bemerkt habe. Dieß hätten die Abschreiber für quia gelesen. *Quamdiu* aber heiße hier soviel als quatenus, in welcher Bedeutung auch Callistratus [85]) und Ulpian [86]) dieses Wort gebraucht hätten. Der Sinn sey nun ganz klar, nämlich durch die Condictio furtiva werde die actio rationibus distrahendis nur in so weit aufgehoben, als der Pupill durch jene Klage das ihm von dem Vormund Entwandte wieder erhalten hat. Man könne aber das quia füglich auch in *quatenus* verwandeln. Allein auch davon abgesehen, daß diese Emendation durch gar keine Auctorität unterstützt ist; so ist sie offenbar unnütz. Denn hat der Pupill durch die condictio furtiva das ihm Entwandte wieder erhalten, wozu dient ihm noch die actio R. D.? Er hat ja die weit vortheilhaftere actio furti, wenn es ihm nur noch um die Verfolgung der Strafe zu thun ist, wie auch schon Pothier [87]) bemerkt hat. Ueber-

84) S. *Pet.* Duirsema Conjectural. iuris civ. Lib. II. Cap. 3. pag. 199. sq.

85) *L.* 28. §. 6. *D. de poenis.*

86) *L.* 20. §. 2. *D. Famil. Ercisc.*

87) Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXIII. Not. g. pag. 150.

dem streitet diese Emendation auch offenbar gegen den klaren Sinn der Worte. Wie konnte Paulus sagen: per condictionem furtivam si consecutus fuerit pupillus, quod fuerit ablatum, *tollitur hoc iudicium*, quia nihil absit pupillo? Kann man mit einer Klage, welche einmal aufgehoben ist, noch das alterum tantum als Strafe verfolgen? Der sicherste Weg, den auch die meisten Ausleger [88]) eingeschlagen haben, ist also der, daß man bey den Worten geradezu stehen bleibt, und 1) mit Ulpian sagt, durch die actio tutelae directa wird die actio de rationibus distrahendis, so wie diese durch jene, aufgehoben, weil beyde Klagen *ex una obligatione* entspringen. Nun sagt ja auch Modestinus *Libro III. Regularum* [89]): Si *ex una obligatione* plures actiones nascantur, una tantummodo, non omnibus utendum est. 2) Mit Paulus aber den Satz annimmt, daß durch die condictio furtiva, wenn durch dieselbe der Pupill des ihm vom Vormund Entwandte wieder erhalten hat, die actio R. D. verloren gehe, d. h. es kann nun wegen der bloßen falschen Rechnung keine weitere Klage gestattet werden, *quia iam nihil absit pupillo.* In

88) S. *Ant.* Faber Jurispr. Pap. cit. loc. pag. 899. *Ulr.* Huber Praelection. ad Pand. h. t. §. 5. *Gail.* Maranus Paratitl. ad h. t. Pand. *Jac.* Voorda Elector. libr. Cap. XVI. pag. 149. sqq. *Herm. a* Vianen Diss. cit. Cap II. §. 9. Rygersos Fasc. Observat. inr. Rom. Cap. 4. *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. a *Smallenburg* edit. Tom. IV. ad L. 2. §. 1. D. h. t. pag. 477. besonders Thibaut civilistische Abhandlungen. Nr. IX. S. 196—200. auch von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts 2. B. IV. Buch. §. 409. a. E.

89) *L.* 53. *pr. D. de obligat. et act.*

den Basiliken[90]) heißt es auch: καὶ ἐὰν ἀποδοθῇ τὸ πρᾶγμα δι' αὐτοῦ ἀναιρεῖται ἡ ῥατιονίβους διστραένδις. i. e. *et restituta re, extinguitur actio rationibus distrahendis.* Dieser vom Paulus angegebene Grund bestärkt nun auch jene Vermuthung über die Fassung des Edicts[91])

§. 1365. c.

Verschiedene Erklärung des Namens actio rationibus distrahendis. Zeit der Anstellung. Dauer der Klage.

Der Name unserer Klage wird sehr verschieden erklärt. Die gewöhnliche Erklärung ist, daß man unter *rationes* Rechnung versteht, das Wort *distrahere* aber erklären einige[92]) durch conturbare, so daß die actio rationibus distrahendis eben so viel sey, als actio de rationibus distractis et conturbatis, die Klage wegen falscher Rechnung. Andere[93]) erklären distrahere durch dispungere oder discutere, die Rechnung untersuchen, so habe das Wort auch Cicero[94]) genommen, wenn er sagt: *Omnia iudicia aut distrahendarum controversiarum, aut puniendorum maleficiorum causa*

90) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 3. Const. 2. pag. 65.

91) S. die Note 67. S. 211.

92) S. *Jac.* Cujacius ad Pauli Sentent. Recept. Lib. II. Tit. 30. (in *Ant.* Schulting *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 325. not. 1.) *Matth.* Wesenbec. Comm. in Pand. h. t. n. 6. und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. a Smallenburg edit. Tom. IV. pag. 473.

93) *Franc.* Duarenus Comment. in h. t. (*Oper.* pag. 308.) und *J. L. E.* Püttmann Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 13. pag. 102.

94) *Orat. pro A. Caecinna.* Cap. 2.

reperta sunt. Auf ſolche Art laſſe ſich alſo der Name der Klage am leichteſten erklären, weil ſie angeſtellet werde ad distrahendas, hoc est, discutiendas rationes, redditas quidem, sed fraudulenter, omisso aut dissimulato eo, quod in gerenda tutela interceperat, vel ex bonis pupilli abstulerat tutor. Noch andere [95]) erklären das *distrahere* durch rescindere, die Rechnungen kaſſiren. Mehrere glauben jedoch das Wort *rationes* bedeute hier nicht Rechnungen, ſondern werde für Vermögen genommen, und zwar verſteht Corn. van Bynkershök [96]) darunter patrimonium pupillare. So habe dieſes Wort auch Paulus genommen, wenn er *L.* 43. §. 1. *D. de admin. et peric. tut.* ſagt: *rationem pupillarem sufficere* etc. In dieſer Beziehung bezeichne denn *distrahere* quamcunque interversionem et dissipationem patrimonii pupillaris, sive ea fiat turbatis rationibus, sive alio quocunque modo. Heinrich Kellinghuſen [97]) hingegen verſteht unter *rationes* das patrimonium tutoris, itemque pupilli, das Wort distrahere aber erklärt er durch omni ex parte divellere, penitusque segregare. So wie nun durch die actio tutelae überhaupt die durch die Verwaltung der Tutel zwiſchen dem Vormund und Pupillen entſtandene Gemeinſchaft aufgehoben, und beyder Vermögen getrennt werde; ſo paſſe nun der Name rationibus distrahendis ſehr gut auf eine Klage, wodurch von dem Tutor das zu

95) So Voorda Thes. Controv. Dec. XXV. §. 4.

96) Observation. iur. Rom. Lib. VI. Cap 8. pag. 113.

97) Diss. de Legibus nonnullis Romanor. Cap. I. §. 2. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. nov. Dissertation. iuridic. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. Nr. I. pag. 9. sqq.)

rückgefordert werde, was er von dem Vermögen des Pupillen unterschlagen und zurückbehalten hat, wodurch also nun erst das Vermögen des Mündels von dem Vermögen des Vormunds vollends separirt werde. Welche von diesen verschiedenen Meinungen den Vorzug verdiene, getraue ich mir zwar nicht zu entscheiden, indessen scheint mir doch die Erklärung derjenigen wahrscheinlicher, welche unter rationes die vormundschaftliche Rechnung verstehen, die vermittelst dieser Klage allerdings aufs neue untersucht, und geprüft werden soll, um dasjenige, was der Vormund betrüglich unterschlagen hat, vollkommen auszumitteln [98]). Die Erklärung des Bynkershök hat schon Heineccius [99]) widerlegt.

Die actio R. D. hat nun das mit der actio tutelae gemein, daß sie eben so, wie diese, erst nach geendigter Vormundschaft Statt findet, und auch eine actio perpetua est [100]), welche 30 Jahre dauert.

§. 1365. d.

Heutiger Gebrauch dieser Klage.

Ob die Klage noch h. z. T. auf doppelten Ersatz des Unterschlagenen gerichtet, und ob sie auch noch jetzt erst nach geendigter Vormundschaft angestellt werden könne, ist streitig. Diejenigen, welche den heutigen Gebrauch der Röm. Pönalklagen überhaupt läugnen, müssen, um consequent zu bleiben, auch behaupten, daß die actio R. D. h. z. T.

98) So erklärt den Namen der Klage auch Hofacker Princip. iur civ. R. G. Tom. I. § 686.

99) Ad Brisson. de Verb. Signif. voc. *Distrahere* pag. 345.

100) *L.* 1. §. 23 *et* 24. *D. de tut. et ration. distrah.*

nur auf das Einfache angestellt werden könne [1]). Der Vormund könne jedoch mit einer arbiträren Strafe belegt, auch wegen seiner Treulosigkeit abgesetzt werden [2]). Sie finde, da sie keine Pönalklage mehr sey, nun auch wider die Erben Statt [3]). Allein diese läugnen hiermit zugleich allen heutigen Gebrauch der actio rationibus distrahendis. Denn auf das Einfache geht auch die actio tutelae, mit welcher ja die actio R. D. concurrirt [4]). Diese unterscheidet sich von jener eben dadurch, daß sie auf das Doppelte geht. Ich habe mich an einem andern Orte [5]) gegen diese Meinung erklärt, und bin noch jetzt vom Gegentheile lebhaft überzeugt. Zwar will ich gern meinen oben geführten Beweis zurücknehmen, daß das Doppelte bey dieser Klage nur hauptsächlich die vollkommene Entschädigung des Mündels zum Zweck habe, um ihn dadurch des weitern Beweises seines habenden Interesse zu überheben.

1) Dieser Meinung sind Hellfeld, Schaumburg Compend. iuris Dig. h. t. §. 6. *Mich. God.* Wernher Lectiss. Commentat. ad Pand. P. II. h. t. §. 17. pag. 152. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 540. vergl. mit §. 66. u. a.

2) S. Struk Us. mod. Pand. h. t. §. 12. *Gottl. Ger.* Titius Juris priv. Rom. German. Lib. VI. Cap. 16. §. 28.

3) S. Thibaut §. 540.

4) Titius in Observat. ratiocin. in Compend. iuris Lauterbach. Obs. 826. pag. 562. sagt es unverholen: *Actio de rationibus distrahendis* hodie incognita est, poena enim pecuniaria, laeso applicanda, non est in usu, ad damni vero restitutionem obtinendam sufficit *actio tutelae.*

5) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 274. u. 275. S. 610.

Ich folgte hier dem Böhmer [6]), welcher auch behauptet, das Duplum enthalte nicht sowohl eine Strafe, als das Interesse des Unterschlagenen. Allein diesem Grunde wurde mit Recht entgegen gesetzt, daß in der *L.* 1. §. 23. *D. h. t.* ausdrücklich gesagt werde, die actio rationibus distrahendis sey eine actio *poenalis*, und gehe deswegen nicht gegen die Erben, und daß auch die *L.* 2. §. 2. *D. eod.* ausdrücklich von einer poena spreche. Ein noch besserer Beweis liegt uns jedoch näher. In der Reichspolicey-Ordnung vom Jahre 1577. Tit. 32. §. 3. wird ja dem Vormunde zur Pflicht gemacht, gebührlich Rechenschaft anzubieten und abzulegen, über seine Verwaltung Red und Antwort zu geben, und überall so zu handeln, wie es einem getreuen Vormunde eignet und zusteht, alles bey Vermeidung der Straf gemeiner Rechte. Wie hat man einen so offen vor Augen liegenden Beweis so ganz übersehen können, der doch um so wichtiger ist, da es in der Policey-Ordnung vom J. 1548. Tit. 31. §. 3. nur hieß: alles bey Verpflichtung seiner Haab und Güter [7])? Da jedoch Vormünder h. z. T. alle Jahre Rechnung ablegen müssen, und dazu von der Obrigkeit angehalten werden können, so braucht, um diese Klage anzustellen, nicht gerade das Ende der Vormundschaft abgewartet zu werden, wenn der Betrug des Vormundes früher entdeckt wird [8]). Man be-

6) Introd. in ius Dig. P. II. h. t. §. 19. Eben so auch Weber in den Versuchen über das Civilrecht. S. 16. ff.

7) S. oben die Noten 32 und 33. S. 196.

8) S. Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1096. a. E. S. 725. Auch Schmidt findet kein Bedenken, das Gesuch der actio R. D. §. 1095. ganz dem Röm. Rechte gemäß, so zu fassen, daß Beklagter die unterschlagene Sache doppelt bezahle.

hauptet auch, daß jetzt dem Vormunde nach den Grundsätzen des Canonischen Rechts auch nicht einmal eine dreyßigjährige Verjährung mehr zu Statten komme, hier wo er offenbar gegen Pflicht und Treue gehandelt hat [9]).

§. 1366.

Herausgabe des noch übrigen Vermögens des Mündels nach gänzlich beendigter Vormundschaft. Zinsen des Verzugs. Jusiurandum in litem.

Mit Ablegung der Rechnung ist nun die Herausgabe dessen, was der Vormund von dem Vermögen des Mündels noch in Händen hat, unzertrennlich verbunden [10]). Es kann daher auch der Vormund nicht eher angehalten werden, das noch übrige Vermögen des Mündels herauszugeben, als wenn er zuvor Rechnung abgelegt hat, und die Richtigkeit derselben hinlänglich erwiesen ist [11]). Denn erst durch die Rechnung muß ausgemittelt werden, was noch von dem Vermögen des Mündels vorhanden ist. Die Herausgabe dieses Ueberrests macht daher einen vorzüglichen Gegenstand der actio tutelae directa aus. Hierher gehört vorzüglich die Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian an den Julian. Es ist die *L.* 9. *C. Arbitrium tutelae* (V. 51.) folgenden Inhalts:

Tutorem quondam, ut tam rationem, quam si quid reliquorum nomine debet, reddat, apud Praetorem convenire potes. Quamvis enim ma-

9) Mevius Decision. Tom. II. P. VII. Decis. 173.

10) Man vergleiche §. 1363. S. 184—195.

11) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 10. und Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 13. Man vergl. auch *Ant.* Faber Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VII. Illat. 68. pag. 894.

trem tuam susceptis bonis vestris indemnitatem pro hac administratione tutori se praestiturum promisisse proponatur: tamen adversus tutorem tibi *tutelae*, non adversus matris successores *ex stipulatu* competit actio.

Der Vormund hatte hier der Mutter seines Mündels die Verwaltung des Vermögens überlassen, und diese ihm Schadloshaltung versprochen. Da die Mutter nicht zur Vormünderin war bestellt worden, so konnte sie auch das Mandat des Vormundes nicht dazu machen [12]). Daher kann die actio tutelae auf Ablegung der Rechnung und Herausgabe des noch übrigen Vermögens nur gegen den Vormund angestellt werden. Der Vormund mag dann mit der actio ex stipulatu seinen Regreß gegen die Mutter oder deren Erben nehmen [13]).

So wie jedoch mit dieser Klage auch alles dasjenige gefordert werden kann, wozu der Vormund, als solcher, wegen vernachläßigter Verwaltung gehalten ist [14]); eben so kann auch die Klage wegen solcher Forderungen des Mündels angestellt werden, welche zwar nicht aus der Vormundschaft entstanden sind, die aber doch der Vormund während der Vormundschaft hätte berichtigen sollen, und wofür er also jetzt auch als Vormund verantwortlich ist. Z. B. was der Pupill, als Erbe seines Vaters, aus einem Darlehn, oder aus einer Bürgschaft, oder aus einem Depositum, oder aus einem Commodatum von dem Vormunde zu fordern hat. Zwar könnte in allen diesen Fällen ex contractu geklagt werden, aber die Gesetze geben auch die actio tutelae. Denn was ein Vormund gegen einen

12) *L. 4. C. de negot. gest.* (II. 19.)

13) *L. 2. Cod. Si mater indemnitat. promisit.* (V. 46.)

14) S. den 3o. Th. §. 1333. und 1334.

Dritten zu beobachten hat, das muß er auch gegen ſich ſelbſt thun [15]). Iſt er alſo ſelbſt dem Pupillen ſchuldig, ſo muß er ſeine Schuld gebührend zur Caſſe des Pupillen zahlen. Bleibt er im Rückſtande, ſo wird er nun auch aus der Vormundſchaft verpflichtet, wie aus folgenden Geſetzen erhellet.

L. 5. §. 4. *D. de administr. et peric. tutor. et curat.* Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum.* Debitor patris, qui tutelam administravit filii, *tutelae iudicio* tenebitur etiam ob id, *quod patri debuit.*

L. 9. § 1. *D. eodem.* Ulpianus *libro XXXVI. ad Edictum.* Si paterfamilias eum, pro quo fideiussit, tutorem dederit filio suo: officio tutoris convenit, ut, cum dies pecuniae praeterierit, creditori debitum solvat. Et ideo cessante eo, si pupillus suae tutelae factus solverit ex causa fideiussoria, non solum *mandati*, sed etiam *tutelae* agere poterit: hoc enim ei imputatur, cur pro se non solverit.

L. 5. *D. h. t.* Ulpianus *libro XLIII. ad Sabinum.* Si tutor rem sibi depositam a patre pupilli vel commodatam non reddat: non tantum *commodati* vel *depositi*, verum *tutelae* quoque tenetur.

L. 3. *C. de heredibus tutor. vel curator.* (V. 54.) Imp. Antoninus A. Vitae. Adversus heredes quondam tutoris tui *tutelae actione* consiste: in iudicium autem veniet etiam id, quod tibi tutor ex causa fideiussionis debuit.

15) *L.* 9. §. 3. *D. de admin. et peric. tutor.* S. *Ant.* Faber Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VII. Illat. 74.

Iſt der Vormund mit Leiſtung deſſen, wozu er mittelſt dieſer Klage aus der Verwaltung der Tutel angehalten werden kann, ſäumig; ſo iſt er Verzugszinſen zu bezahlen ſchuldig [16], denn die Klage aus der Tutel iſt eine actio bonae fidei [17]. Ja die actio tutelae iſt noch mehr begünſtiget, als andere bonae fidei actiones, in ſofern hier zu Gunſten des Pupillar-Alters die Zinſen ipso iure zu laufen anfangen, ohne Interpellation [18], bis dahin, da die Reſtitution oder Zahlung erfolgt. Ein bloßes Anbieten der Schuld reicht nicht hin, wenn nicht das Geld verſiegelt an einem ſichern Orte deponirt wird, wie aus folgender Geſetzſtelle erhellet.

L. 1. §. 3. *D. de usuris.* Papinianus *libro II. Quaestionum.* Circa tutelae restitutionem pro favore pupillorum latior interpretatio facta est: nemo enim ambigit hodie, sive iudex accipiatur in diem sententiae, sive sine iudice tutela restituatur, in eum diem, quo restituit, usuras praestari. Plane si tutelae iudicio nolentem experiri tutor ultro convene-

16) *L.* 1. §. 3. *D. de Usuris. L.* 7. §. *ult. D. de administr. et peric. tut. L.* 2. *C. de Usuris pupillar.* (V. 56.) Imp. Alexander. Eius, quod ex causa tutelae debetur, usuras praestari oportere, dubium non est, quamvis aliis pro participe muneris necessitas solutionis irrogatur. S. *Ant.* Fabri Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. 7. Illat. 15. pag. 852. Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 8.

17) *L.* 32. §. 2. *D. de Usuris.* (XXII. 1.)

18) *L.* 2. *C. In quib. causs. restitutio in integr. necessar. non est.* (II. 41.) S. *Jac.* Cujacii Comm. in Libr. II. Quaestion. Papiniani. ad L. 1. §. 3. D. de Usuris. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 50. sq.)

rit, et pecuniam obtulerit, eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore non praestabit usuras.

Zur Zeit des Ulpius Marcellus schützte zwar den Vormund schon das bloße Anbieten der Schuld gegen die Verbindlichkeit einer Verzugszinszahlung; allein Ulpian hat in seinen Noten zum Marcellus desselben Meinung berichtiget, wie folgende Gesetzstelle beweist.

L. 28. §. 1. *D. de administrat. et peric. tut.* Marcellus *libro VIII. Digestorum.* Tutor, qui post pubertatem pupilli negotiorum eius administratione abstinuit, usuras praestare non debet, ex quo obtulit pecuniam. Quin etiam iustius mihi videtur, eum, per quem non stetit, quo minus conventus restitueret tutelam, ad praestationem usurarum non compelli. Ulpianus notat: *Non sufficit obtulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco* [19]).

Ist der Vormund ungehorsam, und weigert sich die Sachen des Mündels nach geendigter Vormundschaft zu restituiren; so findet gegen ihn das iusiurandum in litem Statt [20]).

Wegen dieser Forderungen, worauf die actio tutelae geht, steht dem Pupillen nicht nur ein persönliches Vorzugsrecht zu, welches aber nicht auf die Erben des

19) Ohne Grund hält *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Decad. XXII. Err. 5. nr. 10. diese Note des Ulpians für einen Tribonianismus. Man s. *Ger.* Noodt de foenore et usuris Lib. III. Cap. 15. (*Opp.* Tom. I. p. 259. sq.) und *Em.* Merillius Observat. Lib. VIII. cap. 31.

20) *L.* 8. *D. de in litem iurando* (XII. 3.) S. den 12. Th. des Commentars. §. 813. S. 405. f.

Mündels übergeht [21]), sondern die Gesetze geben ihm auch eine Hypothek an dem gesammten Vermögen des Vormundes [22]), von welcher schon an einem andern Orte [23]) ausführlich gehandelt worden ist [24]).

§. 1367.

Natur der actio tutelae directa.

Die actio tutelae directa wird nun also von dem gewesenen Mündel im Beystande eines Mitvormundes oder Curators [25]), oder auch von den Erben [26]), oder jedem allgemeinen Nachfolger desselben, gegen den gewesenen Tutor, selbst dann, wenn er einem Dritten durch ein Mandat die Administration übertragen haben sollte [27]); videtur enim gessisse, et qui per alium gessit [28]); so wie auch gegen desselben Erben [29]) angestellt. Sie findet auch gegen den Fiscus Statt, wenn er das Vermögen des Vormundes eingezogen hat, denn er tritt an die Stelle des Vormundes [30]); nicht minder gegen den Vater, unter

21) *L.* 42. *L.* 44. §. 1. *D. de admin. et peric. tutor. et curat. L.* 22. *L.* 25. *D. h. t.*

22) *L.* 20. *C. de admin. et per. tutor.*

23) S. den 19. Th. §. 1088. S. 139. ff.

24) Daß dem Pflegbefohlnen eine gesetzliche Hypothek an dem Vermögen des Vormundes auch wegen solcher Forderungen zustehe, die zwar schon vor übernommener Vormundschaft entstanden waren, welche aber der Vormund während der Tutel hätte berichtigen sollen, haben Struben rechtl. Bedenken 4 Th. Bed. 149. und Ferd. Aug. Meißner Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte. §. 116 S. 310 f. Not. 34 gezeigt.

25) *L.* 9. §. 4. *D. h. t. et Tit.* 44. *Lib. V. Cod. de in litem dando tutore vel curatore.*

26) *L.* 1. §. 17. *D. h. t.*

27) *L.* 9. *C. Arbitr. tutelae. L.* 2. *C. Si mater indemnit. promis.*

28) *L.* 5. §. 3. *D. de admin. tutor.*

29) *L.* 1. § 16. *D. h. t. L.* 4. *C. de hered. tutor. vel curat.* (V. 54.)

30) *L.* 9. §. 6. *D. h. t.* Ulpian. *Lib. XXV. ad Edictum.* Sed et si fuerit tutor confiscatus, *adversus fiscum*

dessen Gewalt der Vormund stand, sofern er ausdrücklich oder stillschweigend die Gefahr übernahm, die Tutel z. B. dadurch anerkannte, daß er den Sohn bey Führung der Vormundschaft unterstützte, oder ihn zum Fleiße darum aufforderte, weil er selbst verantwortlich sey, in welchen Fällen der Vater in solidum, außerdem aber nur de peculio haftet [31]). Daß der Vater blos um die seinem Sohne übertragene Vormundschaft weiß, und stillschweigend solche genehmigt, verpflichtet ihn noch nicht in solidum, selbst wenn er ihn ermahnt hätte, die Tutel fleißig zu verwalten. Denn dadurch hat er noch nicht die Gefahr der Tutel übernommen. Plane si solum monuit filium, non videtur agnita sc. *tutela*, sagt Ulpian *lib. II. Disputationum* [32]). Der Vater haftet hier nur de peculio, oder de in rem verso, wie Marcellus *libro singulari Responsorum* [33]) lehrt, er müßte denn etwa in dem Falle, da der Mitvormund oder ein Anderer den Sohn suspect machen wollte, ins Mittel getreten seyn, denn nun hätte er freylich die Gefahr übernommen. Nur einen Fall gab es, wo auch die stillschweigende Einwilligung den Vater in solidum verpflichtete, nämlich wenn mit des Vaters Einwilligung der Sohn zum Decurio war creirt worden. Denn indem der Sohn mit Einwilligung des Vaters den Decurionat übernahm, willigte auch zugleich der Vater in alle bürgerliche Lasten und Pflichtämter, welche dem Sohne in dieser Eigenschaft auferlegt werden würden, zu denen denn auch Tutelen gehörten.

dandam esse actionem constat ei, qui loco eius curator datus sit, vel contutoribus eius. Man verbinde damit noch die *L. 2. C. ad Leg. Juliam de vi publica et priv.* (IX. 12.) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 5.

31) *L. 7. D. de tutelis. L. 21. D. administr. et peric. tutor. et curat. L. 1. Cod. Quod cum eo, qui in aliena potest.* (IV. 26.)

32) *L. 7. D. de tutelis.* S. *Jac.* Cujacius ad Africanum Tract. VII. ad L. 49. D. de negot. gestis.

33) *L. 21. D. de admin. et peric. tutor. et curator.* Man vergleiche Cujacii Commentar. in Lib. sing. Responsor. Ulpii Marcelli ad h. L. (*Oper. postumor. a* Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 116.)

Der Vater haftete dafür gleichsam als Bürge [34]). Es erhellet dieß aus einer Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus, nämlich der *L.* 1. *C. Quod cum eo, qui in alien. potest.* (IV. 26.) welche so lautet:

Cum filiusfamilias tutor aut curator datur: pater tutelae, vel negotiorum gestorum iudicio *de peculio* et *de in rem verso* conveniendus est. Quod si voluntate eius filius Decurio sit creatus, et a Magistratibus tutor constitutus, pater *in solidum* satisfacere cogitur: cum id onus exemplo ceterorum munerum civilium introductum intelligatur.

Ob übrigens die Vormundschaft dem Sohne vom Magistrate oder in einem Testamente übertragen worden, ist gleichviel [35]).

Der Vater haftet jedoch wegen der von ihm agnoscirten Tutel seines Sohnes nur für die Zeit, da der Sohn in väterlicher Gewalt war, und wie er während derselben die Vormundschaft verwaltet hat, in solidum. Hat er, nach seiner Befreyung aus der väterlichen Gewalt, als Vormund pflichtwidrig gehandelt; so haftet der Sohn in solidum, und der Vater blos de peculio. Doch hat die Klage de peculio gegen den Vater nach der Befreyung des Sohns aus der väterlichen Gewalt nur noch ein Jahr Statt, welches erst von der Zeit an seinen Lauf beginnt, da auch die actio tutelae angestellt werden kann, d. h. vom Tage der geendigten Tutel. Wird der Sohn, nachdem er sui iuris geworden, aus der Tutel wegen dessen belangt, was er während der väterlichen Gewalt als Vormund gethan hat, so kommt ihm die Wohlthat der Com-

34) *L.* 2. *pr. D ad Municipalem.* (L. 1.) *L.* 7. §. *ult. D. de Decurionib.* (L. 2.) S. Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. III. not. c. pag. 140.

35) S. Cujacius ad Africanum. c. l. Anderer Meinung ist zwar Montanus de iure tutelar. et curation. Cap. XXXIX. nr. 209 et 210 wegen *L.* 21. *D. de admin. tut.* Allein man s. über diese Gesetzstelle Cujacii Comm. in libr. sing. Responsor. Marcelli. (*Opp. postum.* Tom. III. pag. 116.)

petenz zu statten. Er ist also aus seinen vormundschaftlichen Handlungen nur insofern in solidum verpflichtet, als er sie erst nach seiner Befreyung aus der väterlichen Gewalt unternahm. Folgende Gesetzstellen sind hier vorzüglich zu bemerken.

L. 6. *D. h. t.* Ulpianus *libro XXXI. ad Edictum.* Si filiusfamilias tutelam administraverit, et liberatus patria potestate, dolo aliquid fecerit: an actio tutelae patrem quoque hoc nomine teneat, quaeritur? Et aequum est, ut eum duntaxat dolum pater praestet, *qui commissus est ante emancipationem filii.*

L. 4. §. 1. *D. eodem.* Paulus *libro VIII. ad Sabinum.* Filiumfamilias emancipatum, si tutelam administret, etiam *directo* teneri, Julianus putat [36]).

L. 11. *D. eodem.* Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum.* Si filiusfamilias tutelam administraverit, deinde fuerit emancipatus, remanere eum tutorem, Julianus ait: et cum pupillus adoleverit, agendum cum eo, *eius quidem temporis, quod est ante emancipationem, in quantum facere potest, eius vero, quod est post emancipationem, in solidum: cum patre vero duntaxat de peculio:* manere enim adversus eum etiam *post pubertatem* de peculio actionem: *neque enim ante annus cedit, intra quem de peculio actio detur, quam tutela fuerit finita.*

L. 37. §. 2. *D. de administr. et peric. tutor. et curat.* Papinianus *libro XI. Quaestionum.* Inde descendit quaestio, quae vulgo circa filiumfamilias tractata est, qui tutor testamento datus, post tutelam gestam emancipatus, in eodem officio perseveravit: et secundum *Sabini* et *Cassii* sententiam [37])

36) Die Klage findet auch wohl schon während der väterlichen Gewalt Statt.

37) Die Proculianer scheinen hier anderer Meinung gewesen zu seyn, und auf die Verschiedenheit der Zeit der Vormundschaftsverwaltung bey der Verpflichtung des Vormundes keine Rücksicht genommen zu haben, wenn der status fami-

eveniet, ut de eo quidem, quod *post emancipationem* gestum est, in solidum conveniri possit: *de praeterito* autem, sive peculium non sit ademtum, sive ademtum sit, *in id, quod facere possit.* Quodsi superioris temporis nomine patrem de peculio pupillus convenire maluerit, (*annus enim utilis* [38]), *ex quo tutela agi posse coeperit* [39]), *computabitur,* [40]) ne capiatur pater, *inducta totius temporis causa* [41]), tempus, quo filiusfamilias tutelam gessit, comprehendendum erit.

Die Klage geht nun auf Leistung alles desjenigen, was mit der actio tutelae gefordert werden kann, wie bereits gezeigt worden ist. Hat der Vormund noch Geschäfte des Mündels besorgt, nachdem dieser schon die Pubertät erreicht hatte, und also die Tutel geendigt war; so machen auch diese einen Gegenstand der actio tutelae aus,

liae während der Verwaltung des vormundschaftlichen Amtes beym Tutor gewechselt hat. S. *Jac.* Cujacii Comment. in Libr. XI. Quaestion. Papiniani ad h. L. 37. (*Oper. postum a* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 317 sq.) und Dirksen's Beyträge zur Kunde des Röm. Rechts. 1. Abhandl. Kap. 1. §. 2 Nr. VI. S. 98. f.

38) Der annus ist utilis, bey dessen Berechnung nicht alle Tage gezählt werden, so wie sie im Kalender auf einander folgen, (dies continui) sondern nur diejenigen, an welchen die actio de peculio ungehindert angestellt werden konnte. S. Cujacii Comment. c. l. pag. 318. in fin.

39) D. h. a die finitae tutelae.

40) Die florentinischen Ausgaben, und manche vulgatae, z. B. die Merlinische, haben diese Worte in keine Parenthese eingeschlossen. Allein schon Cujacius c. l. pag. 319. hielt diese Parenthese für nöthig. Sie findet sich auch in den Ausgaben von Hugo a Porta, Baudoza Cestius, und Dionys. Gothofredus. Jedoch haben Haloander und Beck die Parenthese zu weit, nämlich bis auf die Worte *totius temporis causa*, ausgedehnt.

41) D. h. wollte man hier keinen Unterschied der Zeit annehmen, sondern die ganze Zeit rechnen, da die Tutel gedauert hat; so würde dieses dem Vater sehr nachtheilig seyn, welcher billig nur für die Zeit zu haften hat, da der Sohn die Tutel während der väterlichen Gewalt verwaltete. S. Pothier Pand. Justin. Tom II. h. t. Nr. V. Not. d. pag. 141.

insofern sie mit der Verwaltung der Vormundschaft conner sind [42]), ausserdem findet derentwegen nur die actio negotiorum gestorum Statt.

L. 13. *D. h. t.* Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum.* Si tutor post pubertatem pupilli negotia administraverit, in iudicium tutelae veniet id tantum, sine quo administratio tutelae expediri non potest. Si vero post pubertatem pupilli is, qui tutor eius fuerat, fundos eius vendiderit, mancipia et praedia comparaverit, neque venditionis huius, neque emtionis ratio iudicio tutelae continebitur. *Et est verum, ea, quae connexa sunt, venire in tutelae actionem:* sed et illud est verum, si coeperit negotia administrare *post tutelam finitam,* devolvi iudicium tutelae in *negotiorum gestorum actionem:* oportuit enim eum a semetipso tutelam exigere.

L. 14. *D. eodem.* Gaius *Libro XII. ad Edictum provinciale.* Si post pubertatem tempore aliquo, licet brevissimo, intermiserit administrationem tutor, deinde coeperit gerere, sine ulla dubitatione tam *tutelae*, quam *negotiorum gestorum iudicio* cum eo agendum est [43]).

Nach dem Römischen Rechte hat zwar die actio tutelae nicht eher, als nach gänzlich geendigter Tutel Statt [44]) daher sagt Paulus *libro VIII. ad Sabinum* [45]): Si adhuc impubes tutelae agat, *nihil consumitur,* d. h.

42) S. *Jac.* Cujacii Comment. cit. pag. 317.

43) Die actio tutelae nämlich wegen dessen, was von dem Vormunde vor dem Eintritt der Pubertät seines Mündels geschehen ist, die actio negotiorum gestorum aber wegen dessen, was nach dem Eintritt derselben geschehen ist. S. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. *Dixi quando* pag. 573. und Pothier Pand. Justinian. h. t. Nr. XXX. not. c. pag. 145.

44) *L.* 4. *pr. D. h. t.* S. Pothier Pand. Justin. h. t. Nr. XIX.

45) *L.* 4. §. 2. *D. h. t.*

wie es Gerh. Noodt [46]) erklärt, frustra agitur, nondum nata actione; hat jedoch der Pupill Ansprüche an den Vormund, die nicht aus der Vormundschaft herrühren, so kann er diese unter dem Beystande eines Mitvormundes, oder eines besondern Curators auch während der Tutel verfolgen [47]). Ist aber die Klage zwar schon während der Tutel entstanden, aber mehr aus einem Delict, als aus der Verwaltung der Vormundschaft, wie z. B. die actio furti, die actio damni iniuria dati ex lege Aquilia und dergleichen; so kann zwar die Klage von dem Unmündigen während der Tutel nicht erhoben werden, sie ist aber doch schon dergestalt gegen den Vormund begründet, daß wenn dieser auch vor Anstellung der Klage sterben sollte, doch noch gegen die Erben desselben geklagt werden kann, denn er hätte, als Schuldner des Pupillen, schon von selbst bey seinem Leben die Schuld als Vormund zur Casse zahlen sollen. Folgende Gesetzstellen sind hier merkwürdig.

L. 9. §. *ult. D. h. t.* Ulpianus *Libro XXV. ad Edictum.* Ceterae actiones, praeter tutelae, adversus tutorem competunt, etsi adhuc tutelam administrat, veluti furti, damni iniuriae, condictio.

L. 10. *D. eodem.* Paulus *libro VIII. brevis Edicti.* Sed non dantur pupillo, dum tutor tutelam gerit. Quamvis enim morte tutoris intereant [48]),

46) Comment. ad Dig. h. t. §. *Sed quando.* pag. 573.

47) *L.* 24. *D. de testam. tut.* §. *ult. J. de auctorit. tutor. L* 21. *D. de Excusation. Nov. LXXII. cap.* 2. S. Montanus de iure tut. et curat. Cap. XXXIX. nr. 235. Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 2. in fin. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 537.

48) Dieß kann wohl von der condictio furtiva nicht gelten, denn diese Klage, als eine actio rei persecutoria, hat ohne Zweifel gegen die Erben Statt, wie ich an einem andern Orte dieses Commentars (Th. XIII. §. 839. S. 232.) gezeigt habe. §. *ult. J. de obligation. quae ex delicto* sagt dieses auch ganz deutlich. Mit mir stimmt hier auch *Ant.* Faber Conjecturar. iuris civ. Lib. IV. c. 1. pag. 75. überein, und Noodt Comment. ad Dig. h. t. hat ganz richtig bemerkt, daß die Worte des Paulus: *Quamvis enim morte tutoris intereant*, nicht auf alle vom Ulpian angeführte Klagen zu beziehen sind,

tamen pupillus cum herede eius actionem habet: quia sibi solvere debuit.

Wenn Montanus [49]) behauptet, diese Klagen könnten auch schon während der Tutel erhoben werden, so hat diese Meinung die deutlichen Worte der L. 10. gegen sich. Er beruft sich zwar auf die Glosse, welche bey den Worten: *Sed non dantur* sagt: ut ipsemet pupillus eas intentet, sed per curatorem datum liti; allein er hätte nicht übersehen sollen, was gleich nachher folgt: secundum quosdam, *quod non placet*. Es fragt sich aber, was dieß für eine Klage sey, welche der Pupill gegen den Erben des Vormundes haben soll? Accursius, dem auch mehrere neuere Rechtsgelehrten, als Osius Aurelius [50]), Marcus Lyklama [51]), Anton Schulting [52]), und Robert Joseph Pothier [53]) beygetreten sind, nennen die actio tutelae, und berufen sich auf die *L.* 35. §. *ult. D. de negotiis gestis.* Johann Voet [54]) hingegen, Emund Merillius [55]), und Gerh. Noodt [56]), denen

sondern nur auf die meisten geben. Denn der Fall ist bey den Alten nicht selten, daß das Letztere nicht immer auf alles vorher Gesagte paßt. Hier ist dieß um so gewisser, weil die Stellen aus den Schriften verschiedener Juristen excerpirt sind. Vielleicht sprach Paulus vorher von lauter Pönalklagen.

49) Cap. XXXIX. nr. 240

50) Dispunctor ad Merillium s. de variantib. Cujacii Interpretationib. in Libris Digestor. Dispunctiones Disp. XXI. (in *Thes. J. R. Otton.* Tom. III. pag. 747.) Dieser Osius Aurelius heißt eigentlich *Franciscus Ory*, und war Rechtslehrer an der Academie zu Orleans. S. *Ev.* Otto Praefat ad Tom. III. Thes. pag. 54. und Hugo's Lehrbuch der Gesch. des Röm. Rechts seit Justinian. §. 257.

51) Benedictorum Lib. IV. Cap. 14. §. 15. pag. 661. sqq. (*Lugd. Batavor.* 1617. 8.)

52) Notae ad Dig. s. Pand. a *Smallenburg* edit. et animadvers. suis auct. Tom IV. ad L. 10. h. t. p. 480.

53) Pand. Justinian. T. II. h. t. Nr. XXIV. Not. c. et d. pag. 144.

54) Comm. ad Pand. h. t. §. 2. in fin.

55) Variantium ex Cujacio. Lib. I. Cap. 36. (*Oper.* P. II. pag. 241. *Neapoli* 1720. 4.)

56) Comment. ad Dig. h. t. §. *Sed quando.* (Tom. II. Opp. pag. 573.)

auch Thibaut [57]) beyzustimmen scheint, meinen, es seyen die nämlichen Klagen ex delicto, welche auch gegen die Erben des Vormundes angestellt werden könnten. Man sagt, das Gesetz habe hier eine Ausnahme von der gemeinen Rechtsregel gemacht, nach welcher sonst eine Pönalklage gegen die Erben nicht Statt finde, wenn nicht die Klage noch bey Lebzeiten des Verstorbenen angestellt worden. Gerade so haben auch die Griechen unsere Gesetzstellen verstanden. In den Basiliken [58]) heißt es:

Αἱ λοιπαὶ ἀγωγαὶ ἁρμόζουσι κατὰ τοῦ ἐπιτροπεύοντος οἷον ἡ περὶ κλοπῆς ἀγωγὴ, καὶ ἡ περὶ ὕβρεως, καὶ ἡ τὸ κλαπὲν πρᾶγμα ἀπαιτοῦσα ἀγωγή.

Παύλου. Οὐ κινοῦνται δὲ τέως· ἀλλ' εἰ συμβῇ αὐτὸν ἀποθανεῖν, ἁρμόζουσι κατὰ κληρονόμων αὐτοῦ εἰ καὶ τὰ μάλιστα φύσιν ἔχουσι τῷ θανάτῳ φθείρεσθαι.

Das heißt nach Fabrots Version: *Ceterae actiones competunt adversus eum, qui tutelam administrat, veluti furti, damni iniuria, condictio furtiva.*

Sed non intenduntur interim. At mortuo eo, in heredes eius competunt, quamvis natura earum haec sit, ut morte intereant.

Noch bestimmter hat sich darüber der griechische Scholiast [59]) ausgesprochen. Dieser sagt:

Ἐὰν κλέψῃ ἢ ζημιώσῃ τὰ πουπιλλάρια ὁ ἐπίτροπος, ἡ φοίρτη καὶ ὁ ἀκουίλιος ἁρμόζουσι κατ' αὐτοῦ, καὶ ἔτι διοικοῦντος τὴν ἐπιτροπήν. οὐ μὴν συγχωροῦμεν τῷ πουπίλλῳ κινεῖν αὐτῷ. ἀλλ' εἰ καὶ συμβῇ τελευτῆσαι τὸν ἐπίτροπον τὴν κλέψαντα ἢ ζημιώσαντα τὰ πουπιλλάρια, εἰ καὶ κατὰ φύσιν ἰδίαν ἡ φόρτη καὶ ὁ ἀκουίλιος κατὰ κληρονόμων οὐ παραπέμπονται, ἀλλὰ μὴν δίδομεν αὐτὰς τῷ πουπίλλῳ κατὰ τῶν κληρονόμων τοῦ ἐπιτρόπου. δοκεῖ γὰρ λοιπὸν ὡς ἀπὸ διοικήσεως ἔνοχος γεγονέναι· διότι ὀφείλων ἑαυτὸν ἀπαιτῆσαι ἅπερ ἔκλεψεν, οὐκ ἀπήτησεν.

57) Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 537.

58) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 3. Const. 9. §. 4. et Const. 10. pag 67.

59) *Basilica* Tom. V. pag. 81. Schol. y.

Fabrotus. *Si res pupilli tutor corruperit, vel subripuerit, furti et Aquilia competunt etiam manente tutela, sed non sinimus eis pupillum experiri. Quin et si moriatur tutor, qui subripuit vel corrupit res pupillares, quamvis sui natura furti et Aquilia in heredes non transeant, dabimus tamen eas pupillo in heredes tutoris, quia videtur ex administratione obligatus esse, propterea quod non exegit a se ipso, quae subrepta debuit exigere.*

Jedoch scheinen auch nicht alle griechische Rechtsgelehrten hier einerley Meinung gewesen zu seyn, denn gleich nach diesem Scholion wird die Meinung des Cyrillus angeführt, welcher von eben diesen Klagen spricht, aber von den Erben sagt: κατέχονται δὲ οἱ κληρονόμοι αὐτοῦ τῇ τουτέλαε: *Heredes autem eius tutelae tenentur.*

Da h. z. T. der Vormund alle Jahre Rechnung ablegen muß, und dazu von der Obrigkeit, ohne Anstellung einer Klage, angehalten werden kann, so dürfte auch wohl da, wo der Vormund gegen den Pupillen so gehandelt hat, daß solche Klagen, von denen Ulpian spricht, gegen ihn Statt finden, nicht leicht eine Klage, am wenigsten bis zur Beendigung der Vormundschaft, abzuwarten seyn.

Uebrigens kann die actio tutelae, als eine actio generalis [60]), wegen verschiedener Puncte mehrmals nach einander angestellt werden. Wollte der Vormund etwa die exceptio rei iudicatae entgegensetzen, so kann sie mit der replicatio doli mali aus dem Wege geräumt werden, so fern über den nämlichen Streitpunct noch nicht rechtskräftig erkannt worden ist [61]). Daß übrigens die Klage eine actio perpetua sey, welche 30 Jahre dauert, ist schon oben bemerkt worden, daher reſcribiren die Kr. Diocletian und Maximian *L.* 8. *C. Arbitr. tutelae.* Tutelae conveniri, longi temporis praescriptio non prohibet [62]).

60) *L.* 38. *pr. D. Pro Socio.* S. den 3. Th. dieses Commentars §. 276. S. 613. f.

61) *L.* 2. *Cod. de iudiciis.* (III. 1.) S. Bachov ad *Treutleram.* Vol. II. Disp. IX. Th. 5. lit. F. pag. 492. sqq.

62) Man vergleiche vorzüglich Mevius Tom. II. P. VII. Decis. 172. 173. et 174. et P. VIII. Decis. 16. 17. et 18.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Zwey und dreyßigsten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1829.

Gedichte

von

Ludwig Uhland

Stuttgart

in der Cotta'schen Buchhandlung.

1829.

Fortsetzung des Titels

de tutelae, et rationibus distrahendis, et utili curationis causa actione.

§. 1368.

Utilis curationis causa actio. Ursprung dieser Klage.

Ausser der actio tutelae directa, und der actio rationibus distrahendis, von denen bisher gehandelt worden, wird in der Rubrik dieses Titels noch eine dritte Klage angegeben, nämlich die *utilis curationis causa actio*. Es ist die Klage, welche gegen den Curator oder seine Erben angestellt, und eben so, wie die actio tutelae directa, auf Erfüllung der, besonders in Ansehung der Vermögensverwaltung, ihm obliegenden Pflichten, nämlich auf Ablegung der Rechnung, Herausgabe des noch übrigen Vermögens des Curanden, und Ersatz dessen, wozu der Curator wegen vernachläßigter Verwaltung gehalten ist, gerichtet wird. Daher halten viele [63]) diese Klage für

63) *Ulr.* Huber Digression. Justinian. P. II. Lib. I. Cap. 28. §. 1 — 3. pag. 566. sqq. *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 20. in fin. *Jo. Ortw.* Westenberg Princip.

eine wegen der Aehnlichkeit auf die Curatel angewandte actio tutelae directa, welche eben darum *actio tutelae utilis* genennt werde. Dieſe Meinung hat auch nicht unerhebliche Gründe für ſich. Denn für die Cura hatte man keine eigene Klage, ſie war den ältern Geſetzen nicht einmal dem Namen nach bekannt. Denn die XII. Tafeln nennen den Curator furiosi noch einen custos. Die Röm. Juriſten, denen wir auch vielleicht die Namen cura, und curator zu verdanken haben, mußten alſo eine von den ſchon bekannten Klagen analogiſch auf ſie anwenden. Denn man nennt ja die Klagen actiones utiles, welche durch kein Geſetz, ſondern von den Röm. Rechtsgelehrten durch einen Schluß von ähnlichen Fällen und Geſchäften ſind eingeführt worden. Welche Analogie war ihnen nun näher, als die von der Tutel, zumal da man die Cura unter der weitern Bedeutung der Tutel, gleichſam wie unter dem Geſchlechtsnamen, zu begreiffen pflegte [64])? Es ſcheinen aber auch Geſetze dieſe Anſicht zu begünſtigen, daß die utilis curationis causa actio aus der actio tutelae

iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 22. sqq. *Christ. Gottl.* Ernert Diss. Utile tutelae iudicium durante adhuc cura institui non posse: *Lipsiae* 1744. 4. §. 2. et 5. *Gottl.* Hofeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. Bd. §. 1946. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 541. Hofacker Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 704. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 302. Mühlenbruch Doctr. Pandect. Vol. II. §. 335. Ferd. Mackeldey Lehrbuch des heut. Röm. Rechts. 2. B. §. 603. Dieß iſt auch unſers Hellfelds Meinung.

64) S. Horatius *Sermon. Lib. II. Eclog.* 3. v. 218. *Aur.* Victor *de viris illustrib. cap.* 74. Plautus *Trinum. Act. IV. Sc. III. v.* 10 *et* 11. *L.* 5. *Cod. de curat. furiosi.* (V. 70.)

directa hervorgegangen sey. In der *L.* 3. *C. Arbitrium tutelae.* (V. 51.) reſcribirt der Kaiſer Antonius an einen gewiſſen Vitalius:

Si curator post decretum Praesidis sublata pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerat deposita, sibi praedium comparavit: elige, utrum malis in emtione negotium tibi eum gessisse, an quia in usus suos pecuniae conversae sunt, legitimas usuras ab eo accipere: secundum quae iudex *tutelae iudicio* redditus partem religionis implebit.

Hier wird bey der Cura der actio tutelae ausdrücklich gedacht, und der Willkühr des Klägers überlaſſen, ob er mit dieſer Klage den Erſatz des Geldes, welches der Curator in ſeinen Nutzen verwendet hat, nebſt den legitimis usuris, oder das Grundſtück ſelbſt verlangen wolle, welches der Curator für das Geld für ſich gekauft hat. Eben ſo werde in der *L.* 20. *pr. D. h. t.* die Klage des Minderjährigen gegen den Curator actio utilis genennt, und in der *L.* 1. §. 3. *in fin. D. de contraria tutelae et utili actione* ſey von der actio in curatorem die Rede, welches die utilis tutelae actio ſey.

Allein bey weitem die meiſten Rechtsgelehrten [65]) ſind

65) *Jac.* Cujacius Observat. Lib. XVII. cap. 7. et Recitation. solemn. ad Tit. 51. Lib. V. Cod. *Arbitrium tutelae. Hug.* Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XV. Cap. 22. §. 5. (Vol. IX. edition. noviss. *Norimberg.* 1826. a *Bachero* nostro contin. pag. 193.) *Reinh.* Bachovius Nott. et Animadverss. ad *Treutlerum*, Vol. II. P. I. Disp. IX. Th. 7. Lit. A. pag. 497. sqq. *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitat. ad Pand. Disp. LII. Th. 25. pag. 545. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Tertia.* (Tom. II. *Opp.* pag. 575.) beſonders *Quirin. Gottfr*

der Meinung, daß die Klage gegen den Curator, auch wenn er der bisherige Tutor war, keine andere, als die actio negotiorum gestorum utilis sey. Mit dieser Klage sey auch der Curator furiosi, und jeder andere Curator zu belangen. Diese Meinung scheint mir auch den Gesetzen gemäßer zu seyn, wie sich aus folgenden ganz deutlich ergeben wird.

L. 4. §. 3. *h. t.* Paulus *libro VIII. ad Sabinum.* Cum furiosi curatore non tutelae, sed *negotiorum gestorum actio* est, quae competit [66]), *etiam dum negotia gerit*, quia non idem in hac actione, quod *in tutelae actione*, dum impubes est is, cuius tutela geritur, constitutum est [67]).

Schaeber Disp. de utili curationis causa actione, *occas. L. 3. C. Arbitr. tut. Lipsiae* 1735. 4. Unter den neuern Schweppe Röm. Privatrecht. §. 750. S. 627. (der 3 Aufl.) von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 409. S. 99. (der 3 Aufl.) Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 248. S. 938.

66) *Quae competit etiam*, ist mit Noodt c. l. pag. 576. so zu verstehen: quae *competere* etiam *potest*, dum negotia gerit. Ein Redegebrauch, der bey den Röm. Juristen nicht ungewöhnlich ist. Man vergleiche z. B. *L.* 13. §. *ult. D. de his, qui notant. infam.* wo *irrogat* für irrogare potest steht. S. Noodt Comm. ad Dig. Lib. III. Tit. 2. §. Sequitur in Edicto. pag. 77. Mehrere Beyspiele führt *Gull. Ott.* Reitz Annotation. Sporad. Nr. IX. (in Püttmanni *Opuscul. iuridic. ex observation. miscellan. Batav. collect.* pag. 153.) an.

67) Diesen Grund, den *Radulph.* Fornerius Rer. Quotidianar. Lib. III. cap. 23. (in *Thes. J. R. Otton.* Tom. II. pag. 218.) unter die inanes *αἰτιολογίας* rechnet, hat mit

L. 13. *in fin. D. eodem.* Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum.* Sed et si quis, quum tutelam administrasset, idem curator adolescenti fuerit datus, dicendum est, *negotiorum gestorum* eum conveniri posse.

L. 1. *Cod. Quod cum eo, qui in aliena potest.* (IV. 26.) Impp. Severus et Antoninus. Cum filiusfamilias tutor aut *curator* datur: pater tutelae, vel *negotiorum gestorum iudicio* de peculio et de in rem verso conveniendus est.

L. 7. *C. Arbitrium tutelae.* Impp. Diocletian. et Maximian. AA. et CC. *Alexandro.* Quicquid tutoris dolo, vel lata culpa, aut levi, seu *curatoris*, minores amiserint, vel cum possent, non acquisierint, hoc in tutelae, seu *negotiorum gestorum utile iudicium* venire, non est incerti iuris.

L. 17. *C. de negot. gest.* (II. 19.) Impp. iidem. *Claudiae.* Curatoris etiam successores *negotiorum gestorum utili* conventos *actione*, tam dolum, quam latam culpam praestare debere, nec ad eos officium administrationis transire, ideoque nullam alienandi eos res adultae potestatem habere, convenit.

Da nach diesem Gesetz auch die Erben des Curators mit der actio negotiorum gestorum utilis belangt werden können; so ist dieß wohl ein sicherer Beweis, daß auch keine andere Klage gegen den Curator selbst Statt

Recht vertheidiget *Frid. Gottfr.* Houck in Diss. de rationibus veterum ICtorum falso suspectis. Cap. II, §. 2. (in *Gerh.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom I. pag. 346.) Man sehe auch Schacher cit. Diss. §. 22.

haben könne, weil ja die Erben mit keiner andern Klage belangt werden können, als welche gegen ihren Erblasser selbst Statt gehabt hätte.

Alle diese Gesetze unterscheiden also genau die actio tutelae von der actio negotiorum gestorum. Man fand mithin mehr Aehnlichkeit zwischen der curatio und negotiorum gestio, als zwischen der tutela und cura, und hielt daher die formula negotiorum gestorum auf die curatio für passender. Und sie ist es auch wirklich. Denn auch die actio negotiorum gestorum ist eine actio quasi ex contracta oriunda, sie ist eine actio generalis [68]; und sowohl directa als contraria, sie ist ferner eine actio bonae fidei und reipersecutoria, und geht auf die Erfüllung derselben Pflichten, welche auch dem Curator obliegen [69]; sie ist endlich eine actio perpetua. Dennoch konnte die actio negotiorum gestorum nur utiliter angewendet werden. Denn es bleibt doch noch immer ein bedeutender Unterschied zwischen der curatio und negotiorum gestio. Die letztere ist nämlich in Absicht auf die Uebernehmung der fremden Geschäfte mit keinem Zwange verbunden, dahingegen die curatio, so wie die Tutel, ein munus publicum ist. Sodann muß der negotiorum gestor eben deswegen, weil er sich freywillig den fremden Geschäften unterzieht, ohne Unterschied omnem culpam praestiren [70],

68) *L.* 38. *pr. D. Pro Socio.*

69) Siehe den 5. Th. dieses Commentars §. 423. a. §. 424. und 425.

70) §. 1. *J. de obligationib. quasi ex contracta.* (III. 27.) *L.* 21. §. 3. *L.* 32. *D. de negot. gestis.* (III. 5.) *L.* 20. *C. eod.* (II. 19.) *L.* 24. *C. de usuris.* (IV. 32.) S. Hasse die Culpa des Röm. Rechts. §. 95. (S. 490.) und Kap. 12. Nr. III. S. 545. f.

während der curator, so wie der tutor, weil er zur Uebernehmung genöthiget ist, zwar ausser dem Dolus auch Culpa, aber doch nur quantam in rebus suis diligentiam prästirt[71]). So klärt sich nun von selbst auf, wenn die Kaiser Diocletian und Maximian in der *L.* 20. *C. de negotiis gestis* an die Octaviana reſcribiren:

Tutori vel curatori similis non habetur, qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit: quippe superioribus quidem necessitas muneris administrationis finem, huic autem propria voluntas facit: ac satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur. Secundum quae super his quidem, quae nec tutor nec curator constitutus, ultro quis administravit: cum non tantum dolum et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat: a te conveniri potest, et ea, quae tibi ob eo deberi potuerit, cum usuris compelletur reddere.

Dieser wenn gleich an sich gewiß sehr wichtige Unterschied konnte jedoch die Röm. Juristen um so weniger hindern, die actio negotiorum gestorum auf die Curation anzuwenden, da, wie Ulpian[72]) lehrt, auch die actio negotiorum gestorum zuweilen da gestattet wird, wo Jemand in der Meinung einer Verbindlichkeit sich fremden Geschäften unterzog. Er sagt nämlich *lib.* X. *ad Edictum:*

Hac actione tenetur non solum is, qui sponte, et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis

71) *L.* 1. *pr. D. h. t.* S. den 30. Th. dieses Commentars §. 1333. a. et b.

72) *L.* 3. §. 10. *D. de negot. gestis.*

alienis, et ea gessit, verum et is, *qui aliqua necessitatis suspicione gessit* [73])

In welchem Falle denn auch der negotiorum gestor nicht omnem culpam, sondern nur dolum und culpam latam präſtiren darf [74]). Auſſer jenen Gründen der Aehnlichkeit, welche die Röm. Rechtsgelehrten zwiſchen der curatio und negotiorum gestio fanden, weswegen ſie die Klage aus dieſer auf jene anwandten, war noch vorzüglich ein Grund, warum ſie Bedenken trugen, die actio tutelae auf die Curatel zu erſtrecken, hingegen die actio negotiorum gestorum auf die Curation für paſſender hielten, nämlich der, daß die actio tutelae nur zwiſchen dem Pupillen und ſeinem Tutor Statt findet, dahingegen die actio negotiorum gestorum darin vortheilhafter iſt, daß es bey derſelben nicht auf die Perſon ankommt, deren Geſchäfte beſorgt worden ſind, ſie ſey mündig oder noch unmündig, großjährig oder noch minderjährig [75]). Zwar ſcheint es Anfangs unter den Röm. Juriſten ſtreitig geweſen zu ſeyn, ob gegen den Curator eines Unmündigen die actio tutelae, oder die negotiorum gestorum actio anzuſtellen ſey. Man gab jedoch der Meinung den Vorzug, daß die erſtere nicht Statt finde, wie aus folgender Stelle des Ulpianus erhellet. Dieſer ſagt nämlich *libro XXXVI.* [76]) *ad Edictum*:

73) Ein Beyſpiel giebt Julian *L.* 6. §. 5. *D. de negot. gest.* S. *Jac.* Cujacii Comment. in Libr. III. Dig. Salvii Juliani. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 16.)

74) *L.* 3. §. 9. *D. de negot. gest.*

75) *L.* 2. *C. de negot. gestis.*

76) *L.* 1. §. 7. *D. de eo, qui pro tutore.* (XXVII. 5.)

Si curator *impuberi* a Praetore datus, negotia gesserit, an quasi pro tutore gesserit, teneatur? quaeritur. *Et est verius*, cessare hanc actionem, *quia officio curatoris functus est.* Si quis tamen, cum tutor non esset, compulsus a Praetore vel a Praeside, dum se putat tutorem, gesserit tutelam, videndum, an pro tutore teneatur? *Et magis est*, ut, quamvis compulsus gesserit, teneri tamen debeat, quia animo tutoris gessit, quum tutor non esset. At iste curator, non quasi tutor, *sed quasi curator gessit.*

Soviel nun die Gesetze anlangt, welche dieser Meinung entgegen gesetzt werden, so scheint mir blos die *L.* 3. *C. Arbitr. tut.* einige Berücksichtigung zu verdienen. Hier wird nun freylich das *iudicium tutelae* ausdrücklich gegen einen Curator gestattet; allein schon der griechische Scholiast Thaleläus [77]) bemerkte bey diesem Gesetz, der Name der Klage sey hier καταχρηστικῶς, d. h. abusive, im uneigentlichen Sinne gebraucht, denn eigentlich sollte es heißen, negotiorum gestorum iudicio. Eine solche Verwechselung mit dem Namen der Klagen ist freylich nichts Seltenes. Wie oft werden nicht die Namen der actio furti und condictio furtiva, ferner der actio pigneratitia und hypothecaria mit einander in unsern Gesetzen verwechselt? Das Gesetz kann also schon darum nichts beweisen gegen die vielen andern Gesetze, welche den Namen unserer Klage bestimmt angeben, ohne gerade mit Bachov [78]) das Wort *curator* im uneigentlichen Sinne

77) S. *Basilica* Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 3. Schol. f. pag. 87.

78) Ad *Treutler.* Vol. II. pag. 498. in fin.

für tutor nehmen zu müssen. Vielmehr läßt sich aus dem gebrauchten Namen der Klage *tutelae iudicio* mit Wahrscheinlichkeit schließen, daß der Kaiser Antoninus einen solchen Fall vor Augen gehabt habe, wo der Curator einem Pupillen war gegeben worden. Diese Vermuthung unterstützen auch die Basiliken[79]). In diesen ist unser Gesetz auf folgende Art ins Griechische übertragen:

Κουράτωρ τις καταστὰς ἀνήβῳ, χρήματα εὑρὼν ἀποτεθέντα εἰς ἀγορασίαν ἀγρῶν, καὶ ταῦτα λαβὼν, ἠγόρασεν ἰδίῳ ὀνόματι ἀγρόν· δίδοται ἐξουσία τῷ ἐλάττονι, ἢ τὸν ἀγρὸν λαβεῖν, ὡσανεὶ αὐτῷ πραχθέντος τοῦ συναλλάγματος, ἢ τοὺς ἀπὸ συγχωρήσεως τόκους ἀπαιτῆσαι.

Fabrotus. *Curator quis datus* impuberi *sublata pecunia, quae ad comparationem agrorum fuerat deposita, fundum emit suo nomine: datur minori facultas, ut vel fundum recipiat quasi sibi negotio gesto, vel usuras petat ob usum pecuniae.*

Hier ist keine Klage genennt, der griechische Scholiast meint daher in der lateinischen Constitution des Antoninus noch eine Spur der oben gedachten Controvers zu finden. Er macht nämlich bey den Worten *iudicio tutelae* Sch. f. pag. 87. folgende Bemerkung:

Ἔδει εἰπεῖν νεγοτιόρουμ γεστόρουμ· ἀλλ' ἐπειδὴ ὅλως ἄνηβος ἦν ὁ κουρατωρευόμενος, διὰ τοῦτο κατεχρήσατο τῷ τῆς ἀγωγῆς ὀνόματι. Εἰ μὴ ὅτι καὶ ἦν γνώμη νομικῶν λέγουσα, τὸν τοῦ ἀνήβου κουράτωρα ἔχῃ τουτέλαε κατέχεσθαι, ἥτις νῦν οὐδαμῶς εἴρηται. i. e. *Debuit dicere* negotiorum gestorum.

79) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 3. Const. XXVIII. pag. 70.

Sed quia IMPUBES *erat is, cuius cura gesta est, ideo abutitur nomine actionis, quae fuit sententia Jurisperitorum, quae diceret, curatorem pupilli* TUTELAE *teneri, quae nunc non obtinet.*

Dem Scholiasten stimmt auch Wissenbach [80]) bey. Auf jeden Fall liegt also hier eine Nachläßigkeit des Concipienten zum Grunde, dergleichen in unsern Gesetzen gar nichts Ungewöhnliches ist [81]). Was kann also wohl ein solches Gesetz beweisen? Gleiche Bewandniß hat es mit den übrigen Gesetzstellen. Die *L.* 20. *pr. D. h. t.* redet allerdings von einer actio utilis gegen den Curator; allein es ist keine andere, als die actio restitutoria, und also schon deswegen utilis negotiorum gestorum actio, wie Cujaz [82]) gezeigt hat. Ein Minderjähriger hatte nämlich zwey Curatoren, von denen der eine gestorben war, und einen noch minderjährigen Erben hinterlassen hatte. Er klagt, nach eingetretener Großjährigkeit, gegen beyde, den Erben seines verstorbenen Curators, und den noch lebenden. Der Richter verurtheilt den Erben zur Bezahlung einer größern Summe, als den noch lebenden Curator. Der minderjährige Erbe erhält aber gegen diese ungleiche Sentenz die Restitution. Dieß veranlaßte den gewesenen Curanden, mit seinem Curator einen neuen Proceß anzufangen. Eigentlich hätte zwar gegen denselben

80) Commentatt. in libros VII. priorr. Cod. ad L. 3. C. Arbitrium tut. pag. 486. Man s. auch Schacher Diss. cit. §. 21.

81) Beyspiele genug führt *Gerh.* Noodt Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 9. 10. und 11. an.

82) Commentar. in Lib. II. Responsor. Papin. ad d. L. 20. (*Oper. postum.* Tom. I. pag. 77.)

keine Klage mehr Statt gehabt. Denn mit ihm war die Sache rechtskräftig abgethan, weil er als Großjähriger geklagt hatte. Dennoch hielt es Papinian für billig, ihm mit einer actio utilis zu Hülfe zu kommen, in so weit nämlich, als der minderjährige Erbe des verstorbenen Curators war relevirt, d. h. in integrum restituirt worden. Diese actio utilis war also wohl keine andere, als die actio negotiorum gestorum, welche dem gewesenen Curanden unter den vorliegenden Umständen der Billigkeit wegen ex clausula Praetoris generali mußte restituirt werden. Nun vergleiche man damit folgende Worte der *L.* 20. h. t.

Alterius curatoris heredem minorem, ut maiore pecunia condemnatum, in integrum restitui placuit. Ea res materiam litis adversus alterum curatorem instaurandae non dabit, quasi minore pecunia condemnatum, si non sit eius aetatis actor, cui subveniri debeat: *sed aequitatis ratione suadente, per* UTILEM ACTIONEM *ei subveniri, in quantum alter relevatus est, oportet* [83]).

Die letzte Stelle, *L.* 1. §. 3. *in fine D. de contraria tutelae et utili act.* beweist vollends gar nichts. Es ist daselbst von der actio tutelae contraria die Rede, von welcher Ulpian, aus dessen *libro XXXVI. ad Edictum* diese Stelle genommen ist, sagt:

83) S. *Basilica* Tom. V. (XXXVIII. 3.) Const. 20. pag. 69. et Schol. o. p. q. pag. 84. Ohne Grund hält *Ant.* Faber Conjecturar. iuris civ. Lib. XI. Cap. 12. und in Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VIII Illat. 17. pag. 950. sqq. diese letztern Worte für einen Tribonianismus. Man sehe dagegen *Ev.* Otronis Papinian. Cap. XVII. §. 3. pag. 686. (*Bremae* 1743. 8.)

Finito autem officio hanc actionem competere dicemus tutori: ceterum quamdiu durat, nondum competit. Sed si pro tutore negotia gessit, vel etiam curam administravit, locus erit iudicio etiam statim, *quia hoc casu in ipsum quoque statim actio competit.*

Die letzten Worte deuten nun zwar auf eine actio in curatorem hin, allein sie wird weder utilis tutelae, noch negotiorum gestorum actio genennt. Dahingegen unterscheidet Pomponius *L. 8. D. h. t.* ausdrücklich die actio tutelae von der actio negotiorum gestorum, man mag nun darunter die actio directa, wie die Ordnung des Titels mit sich bringt, oder mit Pothier [84], so wie auch die Glosse diese Stelle erklärt, die actio contraria verstehen.

§. 1368. a.

Zeit der Anstellung dieser Klage.

So gewiß es ist, daß die actio tutelae nach dem Röm. Rechte nur erst nach geendigter Tutel angestellt werden kann, so bestritten ist die Frage, wenn die utilis curationis causa actio anzustellen sey? Denn die Constitutionen der Kaiser scheinen hier mit den Aussprüchen der Röm. Juristen nicht übereinzustimmen. Jene belehren uns, daß, während der Curator sein Amt verwaltet, und der Curand das fünf und zwanzigste Jahr nicht erfüllt hat, die Klage gegen ihn nicht angestellt werden könne.

L. 2. C. de administratione tutor. vel curator. (V. 37.) Impp. Severus *et* Antoninus Timoni et Elpidophoro. Adversus curatorem adolescentis,

84) Pandect. Justinian. Tom. II. Tit. de contraria tutelae et utili actione (XXVII. 4.) Nr. VII. pag. 152.

cui collegae dati estis, *quamdiu administratio communis durat*, exerceri iudicium non potest.

L. 14. *C. eodem.* Imp. Philippus A. et Philippus C. Clementi. Rationes curae administratae ante impletum quintum et vicesimum annum, durante officio posci iure non posse, manifestum est.

Dahingegen scheint aus den Aussprüchen der Röm. Juristen ein ganz anderes Resultat hervorzugehen. Man vergleiche folgende Gesetzstellen in den Pandecten.

L. 26. *D. de administr. et peric. tutor. et curator.* Paulus *libro XXIV. ad Edictum.* Cum curatore et protutore etiam manente administratione agi potest [85]).

L. 4. §. 3. *D. h. t.* Paulus *libro VIII. ad Sabinum.* Cum furiosi curatore non tutelae, sed negotiorum gestorum actio est: quae competit, *etiam dum negotia gerit*, quia non idem in hac actione, quod in tutelae actione, dum impubes est is, cuius tutela geritur, constitutum est.

L. 16. §. 1. *D. eodem.* Ulpianus *Libro LXXIV. ad Edictum.* Cum curatore pupilli sive adolescentis agi poterit, *et si usque adhuc cura perseveret.*

L. 4. §. 4. *D. Rem pupilli vel adolescent. salvam fore.* (XLVI. 6.) Ulpianus *libro LXXIX. ad Edictum.* Hanc stipulationem placet *finita demum*

85) Dieß bezieht sich eigentlich auf die Stipulatio, *rem pupilli vel adolescentis salvam fore*, von welcher nachher in der *L.* 4. §. 4. *D. Rem pupilli* etc. die Rede seyn wird. S. *Jaci* Cujacii Comm. ad Lib. XXVI. *Pauli* ad Edictum, ad h. L. 26. (*Opp. postum.* Tom. II. pag. 386.)

tutela committi: et fideiussoribus diem exinde incipere cedere. *In curatore aliud est.* Sed et in eo, qui pro tutore negotia gessit, aliud dicendum est. Itaque istae stipulationes, si quidem quis tutor fuit, finita demum tutela committentur: si vero pro tutore negotia gessit, conveniens est dicere, *statim atque quaeque res salva non esse coepisset*, committi stipulationem.

Alle diese römische Juristen stimmen also darin überein, daß der Curator auch schon während der Verwaltung belangt werden könne. Die Versuche, diese Gesetze mit einander zu vereinigen, sind sehr verschieden ausgefallen. Ulrich Huber [86]) glaubt, man müsse unterscheiden zwischen der actio tutelae utilis, quae datur ad exemplum actionis directae, und der actio negotiorum gestorum utilis, quae de singulis rebus competit. Jene könne während der Curatel eben so wenig gegen den Curator angestellt werden, als die actio tutelae directa während der Tutel gegen den Tutor, welche sie nachahme. Die letztere hingegen finde auch schon während der Verwaltung Statt. Allein auch davon abgesehen, daß dieser ganze Unterschied auf einer unrichtigen Voraussetzung beruht, so steht ihr auch offenbar entgegen, daß ja die actio negotiorum gestorum nach der *L.* 17. *C. de negot. gest.* auch gegen die Erben des Curators angestellt werden kann, auf welche doch die Verwaltung der Curatel nicht übergeht. Da nun die Natur der Klage in der Person des Erben nicht verändert wird [87]); so

86) Digress. Justinian. P. II. Lib. I. Cap. 28. §. 2. et 3. pag. 566. sq. und Praelection. iuris civ. sec. Institution. Justinian. Lib. III. Tit. 28. §. 3.

87) *L.* 2. §. 2. *D. de Verb. obligat.* (XLV, 1.)

kann wohl die Klage gegen die Erben des Curators, weil diese in die Rechte und Verbindlichkeiten ihres Erblassers eintreten, keine andere seyn, als eben dieselbe, welche auch gegen den Curator selbst Statt gefunden hätte. Es ist also auch gar keinem Zweifel unterworfen, daß die Klage gegen die Erben des Curators, mit dessen Tode sich die Curatel in seiner Person endigte, eine Generalklage sey, welche, so wie die Klage gegen die Erben des Tutors [88]), auf eine vollständige Ablegung der Rechnung geht. Bey dem Curator furiosi sagt es ja Paulus in der oben angeführten *L.* 4. §. 3. *D. h. t.* ausdrücklich, daß gegen denselben nicht die tutelae, sondern die negotiorum gestorum actio Statt finde. Huber fühlte die Schwierigkeit, mit welcher er hier zu kämpfen hatte, und unterlegt daher, um sich aus der Verlegenheit zu ziehen, den Partikeln *non* und *sed* die schon an sich selten vorkommende Bedeutung von *non tantum*, und *sed etiam.* Allein merkte denn dieser große Jurist nicht die nun daraus entstehende, noch weit größere Verwickelung? Wie paßt zu dieser Erklärung der Grund, den Paulus anführt, quia non idem in hac actione, *quod in tutelae actione, dum impubes est is, cuius tutela geritur*, constitutum est? Er sagt also, bey der negotiorum gestorum actio sey nicht dasselbe Rechtens, was bey der actio tutelae gilt. Diese könne hier gar nicht Statt finden, weil sie nur dem Pupillen gegen den Tutor zusteht, und, während jener noch unmündig ist, nicht angestellt werden kann. Bey der negotiorum gestorum actio sey ein ganz anderes Recht eingeführt. So wie Huber, unterscheiden jedoch auch Anton Schulting [89]), und Christ. Gottl. Ei-

88) *L.* 60. *D. de admin. et peric. tutor.*

89) Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. h. t. ad Rubr. pag. 474.

nert[90]). Ganz anders Johann Voet[91]). Dieser meint, es komme auf die Dauer der Curatel an. Die Cura, sagt er, ist entweder eine solche, welche mit dem Eintritt einer gewissen gesetzlich bestimmten Zeit ein Ende nimmt, wie z. B. die Curatel der Minderjährigen mit der Erfüllung des fünf und zwanzigsten Jahres des Curanden, oder sie hat eine solche gesetzlich bestimmte Zeit ihrer Dauer nicht, sondern ihre Beendigung hängt von zufälligen Umständen ab, wie z. B. bey der Curatel der Wahnsinnigen, und gerichtlich erklärten Verschwender der Fall ist. Im ersten Falle könne die Klage gegen den Curator nach dem Röm. Rechte erst nach Endigung der Curatel, also wenn der Curand die Großjährigkeit erreicht hat, angestellt werden, wie aus *L.* 2. u. *L.* 14. *Cod. de administr. tutor. et curator.* erhelle. In dem letztern Falle hingegen, wenn die Cura keine gesetzlich bestimmte Dauer hat, könne die Klage gegen den Curator auch noch während der Curatel angestellt werden, und von diesem Falle seyen die übrigen jenen entgegen zu seyn scheinenden Gesetze, *L.* 4. §. *ult. D. h. t. L.* 26. *D. de admin. et peric. tut. L.* 1. §. 3. *D. de contr. tut. et utili act.* zu verstehen. Hierher gehöre auch noch der Fall, wenn dem Pupillen oder Minderjährigen ein Curator blos zu einem einzelnen Geschäft, z. B. ein curator ad litem, gegeben worden ist. Auch hier könne die Klage gegen einen solchen Curator, während der Minderjährige noch in der Curatel ist, angestellt werden[92]). Diese Meinung Voets war auch

90) Diss. cit. Utile tutelae iudicium durante adhuc cura institui non posse. §. 4. sqq.

91) Comm. ad Pand. h. t. §. 20.

92) Von einem solchen Falle versteht Voet die *L.* 16. §. 1. *D. h. t.*

schon die Meinung der Glosse, oder des Accursius, wie Montanus [93]) bemerkt hat. Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß die *L.* 4. §. *ult. D. h. t.* von dem curator furiosi spricht, wenn sie uns lehrt, daß die negotiorum gestorum actio gegen denselben Statt finde, etiam dum negotia gerit. Allein deswegen auch die übrigen Gesetzstellen gerade von solchen Fällen zu verstehen, wo die Curatel keine gesetzlich bestimmte Dauer hat, dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden. Die richtigste Meinung, welche auch Jac. Cujacius [94]), Hugo Donellus [95]), Quirinus Gottfr. Schacher [96]), und unter den neuern Rechtsgelehrten Zimmern [97]) und von Wening-Ingenheim [98]) angenommen haben, ist wohl die, wenn man zwischen der actio negotiorum gestorum generalis, welche auf vollständige Ablegung der Rechnung über die geführte ganze Administration der Curatel, und Herausgabe des noch übrigen Vermögens des Curanden geht, und der actio N. G. specialis, die nur einzelne Gegenstände betrifft, unterscheidet. Von jener sagen es die Gesetze ausdrücklich, daß sie nur erst nach geendigter Curatel Statt finde. Die letztere aber kann auch während der Curatel angestellt werden. Daß aber die actio negotiorum gestorum auch wegen einzelner Geschäfte

93) Tr. de iure tutel. et curat. Cap. XXXIX. nr. 231. pag. 575.

94) Recitation. Solemn. ad Tit. Cod. Arbitrium tutelae.

95) Commentar. de iure civ. Lib. XV. Cap. 22. §. 5. pag. 194.

96) Diss. cit. de utili curat. c. actione. §. 20.

97) Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. §. 248. S. 938.

98) Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 409.

begründet sey, sagt Ulpian *L.* 3. §. 2. *D. de negotiis gestis* ausdrücklich, wo es heißt: *Negotia* sic accipe, sive unum, sive plura. Es kann ja auch ein Curator zu einzelnen Geschäften angeordnet werden.

§. 1368. b.

Besondere Rechte dieser Klage.

Da die actio negotiorum gestorum an sich mit keinem Privilegium versehen ist, diese Klage auch in dem Edict des Prätors de his, qui notantur infamia [99]) unter die Klagen nicht mit aufgenommen worden ist, welche wegen bewiesener Untreue des Beklagten infamiren; wie dieses gleichwohl mit der actio tutelae verbunden ist; so hielt man es für billig, die Curanden hierin auch den Pupillen gleich zusetzen. Das den Pupillen, aber nur für ihre Person, in den Digesten gestattete privilegium exigendi an dem Vermögen ihrer Tutoren bey dem iudicium tutelae ward daher auch der utilis curationis causa actio beygelegt, und also nicht nur den Minderjährigen, sondern auch jedem andern vergönnt, welcher aus der administratio curae, nur nicht wegen bloßer custodia, gegen den Curator klagt [100]). Eben so kommt auch nicht nur den Pupillen und Minderjährigen, sondern auch den furiosis und prodigis ein Pfandrecht am ganzen Vermögen ihrer Curatoren zu, wie ich an einem an-

99) *L.* 1. *D. de his, qui notant. infam.* Hier sind blos die actio tutelae, pro socio, mandati, und depositi genannt.

100) *L.* 25. *D. h. t. L.* 19. §. 1. *L.* 20 — *L.* 24. §. 1. *D. de rebus auctor. iudicis possid.* (XLII. 5.) S. *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo in Hermogeniani iuris Epitomar. libros Comment. Tom. II. ad L. 25. D. h. t. pag. 815—822.

dern Orte [1]) gezeigt habe. Es hat auch keinen Zweifel, daß der Curator, wenn er propter dolum condemnirt worden, sich eine Infamie zuziehe, wie Fabrotus [2]) gezeigt hat.

§. 1368. c.

Besonderer Fall. Erläuterung der *L.* 24. *D. h. t.*

Noch ein besonderer Fall ist hier nicht zu übergehen, welcher aus des Paulus *libro II. Sententiarum Receptar.* in der *L.* 24. *D. h. t.* vorgetragen wird. Wenn nämlich einem postumus ein Vormund gegeben worden, welcher nachher nicht zur Welt gekommen ist. Was findet hier wegen der Verwaltung für eine Klage Statt? Paulus, der hier wohl unstreitig darnach geht, was das strenge Recht mit sich bringt, sagt, es habe weder die actio tutelae Statt, weil kein Pupill vorhanden ist; noch die actio protutelae, weil auch diese eine solche Person voraussetzt, welche ihrem Alter nach einen Tutor haben kann, also ein impubes seyn muß [3]), wovon hier gar keine Bedeutung ist; noch die negotiorum gestorum actio, weil man auch eigentlich nicht sagen kann, die negotia einer Person seyen gerirt worden, welche gar nicht existirt. Der Billigkeit wegen sey aber doch wenigstens eine utilis actio gegen einen solchen Tutor zu gestatten. So glaube ich ist Paulus zu verstehen, wenn er in der angeführten Stelle sagt:

Postumo tutor datus, non nato postumo, ne-

1) S. den 19. Th. des Commentars. §. 1088. S. 146—154.

2) Notae ad Paratitl. Cujacii in h. t. Pand. (*Opp. prior. Tom. I.* pag. 864.) S. auch Schachers Diss. cit. §. 17.

3) *L.* 1. §. 6. *D. de eo, qui pro tutore.* (XXVII. 5.)

que *tutelae*, quia nullus pupillus est, neque *protutelae*, quia nulla significatio est, neque *negotiorum gestorum iudicio* tenetur, quia administrasse negotia eius, qui natus non esset, non videtur: et ideo *utilis* in eum *actio* dabitur.

Daß diese *actio utilis* jedoch keine andere seyn könne, als die utilis negotiorum gestorum actio, erhellet aus andern Gesetzen [4]).

§. 1369.

Haftung mehrerer Vormünder. Rechtswohlthaten derselben. Gerichtsstand derselben.

Was Hellfeld in diesem §. von der Haftung mehrerer Vormünder und den Rechtswohlthaten derselben lehrt, ist schon an einem andern Orte [5]) ausführlich erörtert worden. Ich bemerke hier nur noch, daß mehrere Vormünder, welche eine Vormundschaft gemeinschaftlich geführt haben, als Streitgenossen zu betrachten sind. Sie können daher, da sie alle aus demselben Rechtsgrunde verpflichtet sind, zusammen bey einem Gerichte belangt werden, wenn sie auch verschiedene Wohnorte haben, nämlich bey dem Richter, welcher sie alle bestellt, oder bey welchem

4) *L.* 29. *D. de negot. gestis. L.* 19. §. 2. *D. de testam. tut.* S. *Ant.* Schulting ad Pauli *Sentent. Recept.* Lib. II. Tit 30. Not. 5. (in *Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 325.) Schacher Diss. Util. curation. c. action. §. XXII. circ. fin. und *Gail. a* Teisterbant (dict. Bilderdyk) Observation. et Emendat. Lib. II. cap. 22. Eben dieß war auch schon die Meinung des Vivianus in Glossa ad h. L.

5) S. den 30. Th. §. 1336. a—d. S. 360—423.

die Verwaltung geführt worden ist [6]). Denn die Gesetze [7]) wollen, daß solche Sachen, die mehrere Beklagte betreffen, welche aus einem und demselben Rechtsgrunde dem Kläger haften, zur Abkürzung der Processe von einem Gerichte gleichzeitig erörtert und entschieden werden sollen. Es ist also hier nicht nöthig, einen ausserordentlichen Gerichtsstand ex identitate causae bey dem nächsten Obergerichte zu begründen.

§. 1370.

Wenn einer von mehreren Mündeln die Großjährigkeit erreicht hat, in wiefern findet hier die Klage gegen den Vormund Statt?

Hat ein Vormund über mehrere Mündel, welche ein noch ungetheiltes Vermögen haben, die Vormundschaft geführt, und einer derselben hat die Großjährigkeit erreicht; so kann dieser zwar sofort von dem Vormunde Ablegung der Rechnung fordern. Es versteht sich aber, daß der Vormund dann über das ganze Vermögen, welches er verwaltet hat, Rechnung ablegen muß, weil sonst nicht ausgemittelt werden kann, wieviel ihm zu seinem Antheil von der Vermögensmasse gebührt. Es hindert auch die Klage nicht, daß die Vormundschaft in Ansehung der übrigen noch min-

6) S. Mittermaier über das forum continentiae causarum, §. 2. (im Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeb. von Genstersc. 2. B. Nr. XI. S. 148.) Man vergl. auch Joh. Fr. Eusеb. Lotz civilist. Abhandlungen. (Coburg und Leipzig 1820. 8.) Nr. V. S. 135. ff.

7) *L.* 5. *Cod. Arbitrium tutelae.* (V. 51.) S. *Joach. Maurit. Guill.* Baumann Divus Gordianus s. de vita et constitutionib. M. Antonii Gordiani III. Imp. *Lipsiae* 1792. 4. Exerc. I. §. V. und den 11. Th. dieses Commentars §. 751. S. 304.

derjährigen Geschwister fortdauert, wie Papinian *libro V. Responsorum* [8]) lehrt, wo er sagt:

Tutelae iudicium ideo differri non oportet, quod fratris et coheredis impuberis idem tutelam sustineat.

Es kann auch der in der Vormundschaft gebliebene Minderjährige nicht genöthiget werden, an diesem Proceß als Streitgenosse Antheil zu nehmen, wenn auch der Großjährige seinen Vermögenstheil verlangt, ne adiuncta praesentia consortis vel consortium, agendi vel respondendi jurgantibus licentia *pro parte* pandatur, wie Kr. Julian [9]) verordnet hat.

8) *L.* 39. §. 17. *D. de administr. et peric. tut. et curator.* S. *Jac.* Cujacii Comment. in Libr. V. Responsor. Papiniani ad h. L. (*Oper. postumor.* Tom. I. pag. 203.)

9) *L.* 1. *C. de consortib. eiusd. litis* (III. 40.) S. Martin von der rechtlichen Natur der Streitgenossenschaft §. 4. (in dem Magazin für den bürg. Proceß, herausgegeben von Martin und Walch. 1. Band. 1. Heft. Nr. I. S. 32 — 34.)

Lib. XXVII. Tit. IV.

De contraria tutelae et utili actione.

§. 1371.

Actio tutelae contraria.

Durch die Administration macht sich jedoch nicht blos der Vormund seinem Mündel quasi ex contractu verbindlich, sondern der Mündel selbst wird dadurch auch seinem Vormunde nach dem Civilrecht verpflichtet. Eine solche Verpflichtung zwischen dem Mündel und dem Vormunde konnte durch Vertrag nicht begründet werden, weil der Pupill nicht ohne Auctorität des Tutors verbindlich werden kann, eine auctoritas in rem suam aber läßt sich nicht denken. Die Verpflichtung des Mündels mußte also durch das Civilrecht begründet werden, und zwar zum eigenen Besten der Pupillen, damit diejenigen, welche zu Vormündern bestellt werden, sich desto leichter zur Uebernehmung dieser Bürde verstehen möchten, wenn sie wissen, die Pupillen werden auch ihnen aus ihrer Verwaltung verbindlich, und sie daher versichert seyn können, es werde ihnen alles ersetzt werden, was sie von Amtswegen für

den Mündel aus ihrem Vermögen verwenden[10]). Gleichwohl haben die Gesetze den Vormündern wegen ihrer Forderungen an den Mündel keine Hypothek an dem Vermögen desselben gegeben[11]), sondern es steht ihnen nur eine persönliche Klage gegen den Pupillen oder dessen Erben auf Entschädigung zu. Dieß ist die *actio tutelae contraria*, von welcher dieser Titel handelt[12]). Daher heißt es in den Institutionen §. 2. *de obligation. quasi ex contractu:* Hoc autem casu *mutuae* sunt *actiones:* non tantum enim pupillus cum tutore habet *tutelae actionem*, sed ex contrario tutor cum pupillo habet *contrariam tutelae*, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditori eius obligaverit. Die Klage kann jedoch der Tutor erst nach geendigter Tutel anstellen[13]). Auch dem Curator, nicht blos des Minderjährigen, sondern auch des furiosi oder prodigi, ja nach der Meinung des Sabinus auch dem Curator ventris, so wie allen übrigen Curatoren, steht eine actio contraria utilis zu; es ist die *actio negotiorum gestorum*

10) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

11) S. Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 1. Perez Praelect. in Cod. Lib. V. Tit. 58. nr. 4. u. *Ant.* Faber Cod. Definit. forens. eod. tit. Def. 1.

12) S. *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Prine. VIII. Illat. 19—27. pag. 954. sqq. *Hug.* Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XV. Cap. 21. (Vol. IX. *edit. noviss. Norimb.* 1826. 8. pag. 190. sq.) *Franc.* Duarenus Comment. in h. Tit. Pand. (*Opp.* pag. 308. sq.) *Paul.* Montanus Cap. XL. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. (*Opp.* Tom. II. pag. 576. sq.) u. *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t.

13) *L.* 1. §. 3. *D. h. t.*

contraria utilis[14]; welche ſich von der actio tutelae contraria dadurch unterſcheidet, daß ſie auch noch während der Curatel angeſtellt werden kann[15].

L. 1. §. 2. *D. h. t.* Ulpianus *libro XXXVI. ad Edictum.* Sed et si curator sit vel pupilli, vel adolescentis, vel furiosi, vel prodigi, dicendum est, etiam his *contrarium* dandum *iudicium.* Idem in curatore quoque ventris probandum est: quae sententia Sabini fuit existimantis, ceteris quoque curatoribus ex iisdem causis dandum *contrarium iudicium.* §. 3. *Finito autem officio* hanc actionem competere dicemus tutori: ceterum quamdiu durat, nondum competit. Sed si — curam administravit, *locus erit iudicio etiam statim, quia hoc casu in ipsum quoque statim actio competit.*

Die actio contraria ſetzt nun zwar eine directa actio voraus, quia contra, id est, vicissim datur, wie Gerh. Noodt[16] ſagt; allein daß dieſe auch immer angeſtellt werden müſſe, wenn die actio contraria Statt haben ſoll, iſt nicht nöthig. Denn will oder kann der Mündel nicht klagen, weil ihm entweder der Vormund nichts mehr ſchuldig iſt, und derſelbe mehr an ihn verwendet hat, als ihm fehlt; ſo wird dadurch der Vormund

14) So nennen dieſe Klage wegen der *L.* 3. §. 5. *D. de negotiis gest. Franc.* Duarenus cit. Commentar. §. ult. pag. 309. Noodt cit. Comm. §. ult. pag. 577. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 758. und von Wening-Ingenheim im Lehrb. des gem. Civilrechts. 2. Band. IV. Buch. §. 410. a. E.

15) S. *Ant.* Faber Jurispr. Papin. c. l. pag. 955. sqq.

16) Comm. ad Dig. h t. Princ.

nicht gehindert, die actio contraria dennoch gegen den Mündel anzustellen, wie Ulpian sagt *L.* 1. §. 8. *D. h. t.*

Hanc actionem dandam placet, *et si tutelae iudicio non agatur:* etenim nonnunquam pupillus idcirco agere tutelae non vult, quia nihil ei debetur, immo plus in eum impensum est, quam quod ei abest: *nec impediendus est tutor contrario agere.*

Ueberhaupt hat der Vormund die Wahl, ob er sich der actio contraria bedienen, oder seine Gegenforderung an den Pupillen, wenn dieser actione directa gegen den Vormund klagt, mittelst der Einrede der Compensation geltend machen will [17]). Vielleicht war dieses auch ursprünglich der Weg, auf welchem der Vormund zu seiner Entschädigung gelangte. Denn die actio contraria, welche jedoch dem Labeo schon bekannt war [18]), scheint erst nachher eingeführt worden zu seyn, als man durch die Erfahrung von ihrer Nothwendigkeit überzeugt wurde, weil durch die Compensation der Vormund nicht immer seine Befriedigung erhielt oder erhalten konnte [19]). Ulpian sagt daher *L.* 1. §. 4. *D. h. t.*

Praeterea si tutelae iudicio quis convenietur, reputare potest id, quod in rem pupilli impendit. Sic erit arbitrii eius, utrum compensare, an pe-

17) *L.* 2. *C. de in litem dando tutore vel curat.* (V. 44.) Imp. Alexander. — cum aut compensationis rationem habere, aut contrario tutelae iudicio experiri possis. — *L. ult. C. de contrario iudic. tutelae.* (V. 58.)

18) *L.* 3. *pr. D. h. t.*

19) S. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. Lib. XIII. Tit. 6. §. ult. (*Opp.* Tom. II. pag. 320.)

tere velit sumtus. Quid ergo, si iudex compensationis eius rationem non habuit, an contrario iudicio experiri possit? Et utique potest: sed si reprobata est haec reputatio, et acquievit, non debet iudex contrario iudicio id sarcire.

Die Nothwendigkeit der actio contraria erscheint also 1) wenn der Richter auf die Einrede der Compensation keine Rücksicht genommen hat. Er muß nur nicht die Gegenforderung des Vormundes nach vorhergegangener Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit als ungegründet verworfen, und sich der Vormund bey dem Urtheile beruhiget haben. Hier kann der Vormund nicht weiter klagen, weil er die rechtskräftige Entscheidung wider sich hat. Man kann hier auch nicht sagen, der Pupill bereichere sich mit dem Schaden des Vormundes, denn nach der Regel: res iudicata pro veritate accipitur [20]), muß angenommen werden, der Vormund habe keine Gegenforderung an den Pupillen [21]). 2) Wenn die Gegenforderung des Vormundes mehr beträgt, als der Gegenstand der Klage des Mündels betragen würde, mithin dem Pupillen gegen den Vormund gar keine Klage zusteht [22]). Ulpian führt diesen zweyten Fall in der *L.* 3. *pr. D. h. t.* an, welche mit der vorher angeführten *L.* 1. §. 8. *eodem* in unmittelbarer Verbindung steht, und nur von den Compilatoren der Pandecten durch Einschiebung der *L.* 2. einer Stelle aus

20) *L.* 207. *D. de div. Reg. iur.*

21) S. *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 20. Man vergl. auch den 15. Th. dieses Commentars. §. 935. S. 113. f.

22) Die Nothwendigkeit der actio contraria in diesem Falle erkennt auch Gajus *L.* 18. §. 4. *D. Commodati.* (XIII. 7.)

Julian, getrennt worden ist. In der *L.* 3. *pr.* heißt es:

Quid ergo, si plus in eum impendit, quam est in facultatibus? Videamus, an possit hoc consequi. Et Labeo scripsit, posse. Sic tamen accipiendum est, *si expediat pupillo ita tutelam administrari:* ceterum si non expedit, dicendum est, absolvi pupillum oportere. Neque enim in hoc administrantur tutelae, ut mergantur pupilli: iudex igitur, qui *contrario iudicio* cognoscit, utilitatem pupilli spectabit, et an tutor *ex officio* sumtus fecerit.

In diesem Falle hat also freylich der Vormund nachzuweisen, daß Nothdurft oder Nutzen des Mündels, den vorgeschossenen Kosten-Aufwand erforderte, wenn die actio contraria begründet seyn soll. Verschiedene hierher gehörige Fälle giebt Anton Faber[23]) an.

§. 1371. a.

Gegenstände der actio contraria.

Die actio contraria geht nun auf Entschädigung des Vormundes. Diese Schadloshaltung besteht darin, 1) daß dem Vormunde die wegen der Vormundschaftsverwaltung gehabten Auslagen, und zwar mit Zinsen ersetzt werden müssen, ohne Unterschied, der Vormund mag entweder zur Bestreitung der Auslagen Gelder verzinslich aufgenommen, oder sie mit seinem eigenen Gelde bestritten haben. Im ersten Falle müssen ihm jedoch die Zinsen wieder ersetzt werden, die er selbst dem Gläubiger hat bezahlen müssen, in dem andern aber kann er landübliche Zinsen

23) Jurispr. Papin. Scient. c. l. Illat. XXII. pag. 958. sq. und in Cod. Sab. Lib. V. Tit. 23. Def. 2.

fordern, sonst nur zu vier Procent. Es setzt dieß aber freylich voraus, daß selbst bey wirthschaftsmäßiger Verwaltung Aufnehmung von Geldern oder Vorschuß nöthig war. Denn war die Mündel-Casse selbst bey Gelde, oder sollte sie es, und konnte es auch bey wirthschaftsmäßiger Verwaltung seyn; so ist der Vormund nicht berechtiget, erborgte Gelder oder Vorschüsse in Rechnung zu bringen [24]), wie dieß alles aus folgenden Gesetzstellen sich ergiebt.

L. 3. §. 1. *D. h.* t. Ulpian. Consequitur autem pecuniam, si quam de suo consumsit, *etiam cum usuris*, sed vel trientibus, vel his, quae in regione observantur, vel his, quibus mutuatus est, si necesse habuit mutuari, ut pupillo ex iusta causa prorogaret [25]): vel his, a quibus pupillum liberavit, vel quibus caruit tutor, si nimirum [26]) profuit pupillo pecuniam esse exsolutam.

§. 2. Plane si forte tutor aliquid pecuniae debuit foenerare, aliquid ipse pro pupillo solvit, nec ipse usuras consequitur, nec pupillo praestabit [27]).

24) S. Faber Jurisprud. Papinian. Scient. cit. loc. Illat. XXIV. pag. 962. sqq.

25) Beck liest *praerogaret*.

26) Die florentinische Ausgabe hat nimium; allein die Lesart *nimirum*, welche Baudoza und Merlin haben, und auch Pothier Pand. Justin. h. t. Nr XIV. angenommen hat, scheint mir besser zu seyn. Auch Accursius gedenkt dieser Lesart, behält aber das *nimium* bey, und erklärt es durch plus, quam colligant hae usurae.

27) Die Zinsen nämlich, welche der Vormund für das Geld hätte gewinnen können, welches er für den Pupillen verwendet hat, sind hier mit den Zinsen zu compensiren, die der Vormund dem Pupillen für die Gelder hätte vergüten

Diese Zinsen kann der Vormund bis auf die Zeit fordern, da ihm sein Vorschuß wieder bezahlt wird, weil er bis dahin das Geld nicht hat nutzen können, er müßte denn etwa früher Gelegenheit gehabt haben, sich aus der Pupillen-Casse, wozu er berechtiget war [28]), bezahlt zu machen. War etwa das Pupillen-Geld zum Ankauf von Grundstücken gerichtlich deponirt, so kommt es darauf an, ob er seine Bezahlung auf sein Ansuchen von der Obrigkeit hätte erhalten können, oder nicht. In jenem Falle ist ihm zur Last zu legen, daß er es nicht gethan hat, in dem letztern Falle aber gebühren die Zinsen dem Vormunde bis zur Heimzahlung des Vorschusses. Ulpian sagt in der angeführten *L.* 3. §. 4. *h. t.*

Usuras utrum tam diu consequetur tutor, quamdiu tutor est, an etiam post finitam tutelam, videamus: an ex mora tantum? Et magis est, ut, *quoad ei reddatur pecunia*, consequatur: nec enim debet ei sterilis esse pecunia. §. 5. Si tamen fuit in substantia pupilli, unde consequeretur, dicendum est, non oportere eum usuras a pupillo exigere. §. 6. Quid ergo, si de re pupillari non potuit sibi solvere, quia erat deposita ad praediorum comparationem? Siquidem non postulavit a Praetore, ut promatur pecunia, vel hoc minus deponatur, sibi imputet: si vero hoc desideravit, nec im-

müssen, die er müßig liegen gelassen hat. Die florentinische Lesart praestabit ist wohl der halbandrischen pensabit vorzuziehen, welcher auch *Ant.* Schulting Nott. ad Dig. s. Pandect. T. IV. ad h. L. pag. 484. den Vorzug gegeben hat.

28) *L.* 9. §. 5. *D. de administr. et peric. tut. et curat.*

petravit, dicendum est, non deperire ei usuras in contrario iudicio.

Ob übrigens die Auslagen vor, oder während der Vormundschaft, oder nachher gemacht worden, gilt gleich, wenn sie nur durch sie veranlaßt sind. Ulpian lehrt dieses ebenfalls in der angeführten *L.* 3. §. 8. *h. t.* wo es heißt:

Iudicio contrario tutelae praestatur et id, quod in rem pupilli versum *ante tutelam* [29]), vel *post*

29) *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 25. pag. 965. meint, die Worte *ante tutelam* seyen wegzustreichen, denn Ulpian spreche hier blos von dem, was der Vormund noch nach geendigter Tutel zum Nutzen des Pupillen verwendet hat. Wenn er also sagt, *vel post tutelam*, so heiße das so viel als *etiam post tutelam finitam*. Auch die nachher beygefügte Bedingung: *si negotiis tutelae tempore gestis nexum probatur*, beziehe sich blos darauf, was der Vormund noch nach beendigter Tutel unternommen hat; und darauf gehe die actio tutelae contraria nur in soferń, als es mit dem, was während der Vormundschaft geschehen ist, in Verbindung steht. Schon Bartolus erklärte daher die Worte ante tutelam, durch *ante tutelam finitam*, also was während der Vormundschaft geschehen ist. Denn von dem, was vor Uebernehmung der Vormundschaft geschehen, sey erst nachher die Rede, und daß dieses ohne Unterschied für die actio contraria geeignet sey, sage Ulpian selbst. Allein ich kann dem Faber hierin nicht beystimmen. Der ganze Zusammenhang lehrt, daß die Worte *ante tutelam* nicht weggelassen werden können. Der griechische Scholiast in den *Basilic. Libr. XXXVI. Tit. 4. Schol. m.* Tom. V. Fabroti pag. 94. hat auch das Gesetz eben so wörtlich ins Griechische übertragen, als es in den Pandecten lautet: Καὶ εἴτι δὲ πρὸ τῆς ἐπιτροπῆς ἐδαπάνησέ περὶ

tutelam; si negotiis *tutelae tempore* gestis nexum probatur: et quod ante impensum est, sive pro tutore negotia gessit, et postea tutor constitutus est, sive ventri erat curator [30]): sed et si non pro tutore negotia gerebat, debet venire, quod ante impensum est: deducuntur enim in tutelae iudicium sumtus, quoscunque fecerit in rem pupilli: sic tamen, si *ex bona fide* fecit.

Diese Auslagen müssen dem Vormund ersetzt werden, wenn auch das Geschäft, worauf sie verwendet worden sind, einen ungünstigen Ausgang gehabt haben sollte, wie ebenfalls Ulpian §. 7. der angeführten *L.* 3. sagt:

Sufficit tutori, bene et diligenter negotia gessisse: *etsi eventum adversum habuerit, quod gestum est.*

Das Geschäft muß nur in der guten Absicht, des Pupillen Nutzen zu befördern, auch mit der gehörigen

τὰ πουπιλλάρια πράγματα ὁ ἐπίτροπος, ἢ μετὰ τὸ περαιωθῆναι τὴν ἐπιτροπὴν, ἵνα περαιώσῃ τὰ ἐν τῇ ἐπιτροπῇ ἀρχθέντα πράγματα, καὶ ταῦτα ἀπαιτεῖ, ἡ κοντραρία. i. e. *Et sive ante tutelam impenderit in negotia pupillaria tutor, sive post tutelam impleverit negotia in tutela inchoata, id petit iudicio contrario.*

30) Der griechische Scholiast a. a. O. hat diese Stelle so paraphrasirt: *ἢ τῇ γαστρὶ ἐδόθη τις κουράτωρ, καὶ διώκησε πρὸ τοῦ τεχθῆναι τὸ παιδίον, μετὰ ταῦτα δὲ ἐπίτροπος ἐβλήθη, ἀπαιτεῖται καὶ ὅσα ἐδαπάνησεν ἐν τῷ ἐγκυμονεῖσθαι τὸ παιδίον.* i. e. *vel si datus ventri curator gessit, priusquam partus ederetur, postea tutor constitutus, repetit, quae impendit, quamdiu partus erat in utero.* Man vergleiche auch Voet Comm. h. t. §. 3.

Vorsicht unternommen worden seyn, so daß nach vernünftigen Gründen ein guter Erfolg zu erwarten gewesen wäre, wenn er nicht zufällig wäre verhindert worden, welches denn freylich auch der Vormund zu beweisen hat, weil es zur Begründung seiner Klage gehört [31]).

Was also ein redlicher Vormund aus guten und vernünftigen Gründen zur Nothdurft, und zum Nutzen des Mündels von dem Seinigen verwendet hat, das muß ihm ersetzt werden, wenn er auch zur Verwendung kein obrigkeitliches Decret erhalten hätte, wie der Kaiser Antoninus an einen gewissen Gumosus reskribirt hat.

L. 3. C. de administrat. tutor. vel curator. (V. 37.) Sumtus in pupillum tuum *necessario*, *et ex iustis honestisque causis* iudici, qui super ea re cogniturus est, si probabuntur facti, accepto ferentur: *etiam si Praetoris decretum de dandis eis non sit interpositum.* Id namque, quod a tutoribus sive curatoribus *bona fide* erogatur, potius iustitia, quam aliena auctoritate firmatur [32]).

Ueberall wird jedoch vorausgesetzt, daß die Auslagen um der Vormundschaft willen geschehen sind. Denn was der Vormund auf sich selbst verwendet hat, sey es auch bey Gelegenheit vormundschaftlicher Geschäftsangelegenheiten geschehen, das kann er nicht in Rechnung bringen. Hat also der Vormund wegen der Verwaltung der Güter

31) S. *Ant.* Faber Jurisprud. Papin. cit. loc. Illat. 19. pag. 955. besonders *Jo.* Voet Comment. ad Pandect. h. t. §. 4.

32) Man verbinde damit noch die *L. 4. C. de in litem dando tut. vel curat.* (V. 44.) und *L. 2. Cod. de aliment. pupillo praest.* (V. 50.)

ſeines Mündels eine nöthige Reiſe machen müſſen; ſo kann er zwar die Reiſekoſten in Rechnung bringen, auch die gehabten Proceßkoſten; die Zehrungskoſten aber nur inſofern, als er dieſelben um der Reiſe willen gehabt hat, und ſie nicht ebenfalls auf ſich hätte verwenden müſſen, wenn er auch zu Hauſe geblieben wäre [33]). Ulpian ſagt *Libro XXXVI. ad Edictum* [34]).

Item sumtus litis tutor reputabit et viatica, si ex officio necesse habuit aliquo excurrere, vel proficisci.

Und Calliſtratus beruft ſich *L.* 33. §. 3. *D. de administrat. et peric. tutor. et curator.* auf kaiſerliche Conſtitutionen, nach welchen nur auf diejenigen Koſten, qui bona fide in tutelam, non *qui in ipsos tutores fiunt*, Rückſicht genommen werden ſolle.

Der Vormund kann ferner 2) auch darauf klagen, daß er von den für den Mündel während der Vormundſchaft, nicht bloß durch Expromiſſion, wie Cujacius [35]) meint, ſondern auch ohne Novation durch Bürgſchaft oder Conſtitutum übernommenen Verbindlichkeiten befreyt werde [36]).

33) S. Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XV. Cap. 21. §. 4. (Vol. IX. pag. 191.)

34) *L.* 1. §. 9. *D. de tut. et ration. distrah.*

35) Observation. Lib. XXVI. cap. 20. und *Eiusd.* Comment. in Lib. I. Responsor. Papin. ad L. 3. §. 2. D. de administr. rer. ad civitat. pertinent. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 43. sq.) Ihm ſind gleichwohl gefolgt *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. LII. Th. 28. pag. 546. und *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. Causa igitur. (*Opp.* Tom. II. pag. 576.)

36) S. *Aut.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. cit. loc. illat. 29. pag. 967. beſonders *Ulr.* Huber Praelection. ad

Daß auch hierauf die actio contraria gehe, sagt Paulus *libro V. ad Plautium* [37]) ausdrücklich.

Si tutor *pro pupillo se obligavit*, habet contrariam actionem, et antequam solvat.

Eben dieses bestätigt auch Gajus *libro III. Aureorum* [38]), wo er sagt: Sed et contra tutor cum pupillo habet actionem, si — *vel pro eo fuerit obligatus*, aut *rem suam creditori eius obligaverit.*

Zwar sagt Ulpian *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* der Vormund könne mit der actio contraria nur das fordern, quae ei propter tutelam absunt. So lange nun aber der Tutor noch nicht für den Mündel gezahlt hat, kann man ja eigentlich noch nicht sagen, daß ihm aus seinem Vermögen etwas entgangen sey. Es scheint also auch die Klage noch nicht zuständig zu seyn. Dennoch sagt Paulus, die Klage finde Statt, *et antequam solvat tutor*; und zwar mit Recht, denn so ist es auch bey der actio negotiorum gestorum contraria, wie Javolenus *libro VIII. ex Cassio* [39]) sagt, wo er auch den Grund angiebt: *quia id ei* ABESSE *videtur, in quo obligatus est.* Daß aber die actio contraria auf die Be-

Pand. h. t. §. 2. pag. 303. (edit. *Franequer.* 1689. 4.) Ihm stimmt auch *Ant.* Schulting in Notis ad Digesta s. Pandect. a *Smallenburg.* edit. Tom. IV. ad L. 6. h. t. pag. 484. sq. bey.

37) *L. ult. D. h. t.*

38) *L.* 5. §. 1. *D. de obligat. et. action.* (XLIV. 7.)

39) *L.* 28. *D. de negot. gest.* Ueberdem sagt ja auch Julian *L.* 4. *D. h. t.* die actio contraria gehe auf alles, *quod tutori aberit*, also was dem Vormund wegen der gehabten Vormundschaft noch entgehen dürfte.

freyung des Tutors von jeder für den Pupillen auch ohne Novation übernommenen Verbindlichkeit gehe, wird besonders in den Basiliken [40]) hervorgehoben, wo die Stelle des Paulus im Griechischen folgendermassen lautet.

Ο ἐπίτροπος παρεμβάλλων ἑαυτὸν ὑπὲρ τοῦ ἀνήβου, ἔχει καὶ πρὶν ἢ καταβάλῃ τὴν κοντραρίαν, ἵνα ἐλευθερωθῇ τοῦ χρέους.

Tutor intercedens pro pupillo, habet contrariam, et antequam solvat, ut liberetur a debito.

Es ist auch wohl schwerlich aus den Gesetzen zu erweisen, wenn Cujaz meint, der Vormund könne nur in dem Falle vor geleisteter Zahlung auf Befreyung klagen, wenn er für den Mündel expromittirt, und also durch Novation desselben Verbindlichkeit übernommen hätte, gleichsam als ob er nur in diesem Falle allein nach geendigter Tutel von den Gläubigern mit Wirkung belangt werden könne, dahingegen eine jede andere Intercession, welche ohne Novation blos durch Bürgschaft oder Constitutum geschehen ist, ihre Wirksamkeit gegen den Vormund schon von selbst verliere, sobald sein Amt geendiget ist, ohne daß für eine solche eine actio contraria auf Befreyung nöthig sey. Paulus giebt wenigstens zu einer solchen einschränkenden Erklärung keine Veranlassung, sondern sagt ganz allgemein, wenn sich der Tutor für den Mündel verpflichtet hat, so könne er mit der actio contraria auf Befreyung klagen. Er könnte mithin aus der übernommenen Verbindlichkeit allerdings auch noch nach beendigter Vormundschaft belangt werden. Daß aber auch

40) Lib. XXXVIII. Tit. 4. Const. ult. Tom. V. Fabroti pag. 92.

die Gesetze [41]), welche Cujaz für seine Meinung angeführt hat, dieselbe nicht beweisen, hat Joh. Voet [42]) so augenscheinlich dargethan, daß nun wohl nicht leicht mehr Jemand dem Cujaz beystimmen möchte. Sie reden theils gar nicht von einer übernommenen Bürgschaft oder Intercession des Vormundes für den Pupillen, sondern sagen nur soviel, daß der Vormund aus den Handlungen, die er während der Vormundschaft aus Amtspflicht vornahm, er habe nun entweder blos seine Auctorität interponirt, oder selbst gerirt, nach niedergelegtem Amte, nicht weiter belangt werden könne, sondern die dadurch begründeten Klagen nun auf den Mündel selbst übergehen. Allein zur Uebernehmung einer Bürgschaft oder Verpfändung seiner Sachen für die Schulden des Mündels nöthigte ja den Vormund nicht Amtspflicht, sondern dieß war sein freyer Wille. Theils gehören diese Gesetze auch gar nicht hierher, dieß gilt nun vorzüglich von der *L.* 3. §. 2. *D. de administrat. rer. ad civitat. pertin.*, welches gerade die Stelle ist, worauf Cujaz am meisten gebauet hat. Hier sagt Papinian, aus dessen *libro I. Responsorum* dieselbe genommen ist:

In eum, qui administrationis tempore creditoribus reipublicae, *novatione facta*, pecuniam cavit, post depositum officium actionem denegari non oportet. Diversa causa est eius, *qui solvi constituit*: similis etenim videtur ei, *qui publice vendidit, aut locavit.*

41) *L.* 5. §. 1. *D. Quando ex facto tutor. vel curator. L.* 28. *D. de admin. et peric. tut. vel curator. L.* 26. *C. eodem. L. ult.* §. *ult. D. Ut legator. seu fideicommiss. servand. causa caveat. L.* 3. §. 2. *D. de administr. rer. ad civitat. pertinent.*

42) Comment. ad Pand. h. t. §. 10.

Hier wird nun zwar freylich gesagt, ein Verwalter Städtischer Güter hafte auch noch nach niedergelegtem Amte, wenn er eine Stadtschuld durch Novation übernommen, aber nicht aus einem bloßen Constitutum, wodurch er Zahlung versprochen hat. Es wird also unläugbar ein Unterschied gemacht inter novantem et constituentem Reipublicae administratorem. Allein Cujaz hat auch damit nichts bewiesen. Der Unterschied beruht darin. Durch Novation hat der Administrator die Stadtschuld im eignem Namen übernommen. Er bleibt also als Selbstschuldner auch noch nach niedergelegtem Amte verpflichtet. Durch das Constitutum aber hätte er nicht in seinem Namen, sondern im Namen der Stadt, als deren Administrator, Zahlung versprochen; er wollte also dadurch nicht sich, sondern die Stadt verpflichten, darum kann er nach Endigung seines Amts nicht weiter daraus belangt werden. Daß nun aber dem wirklich so sey, sieht man deutlich daraus, weil hier der Administrator einem solchem gleichgestellt wird, welcher Sachen, die der Stadt gehören, im Namen derselben (publice) verkauft, oder verpachtet hat, auch dieser haftet nicht weiter, eben deswegen weil er im Namen der Stadt handelte. Daß jedoch zwischen dem, was der Vormund von Amts wegen thut, und einer übernommenen Bürgschaft für die Schulden des Pflegbefohlnen ein großer Unterschied sey, erhellet noch insonderheit aus einer Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian, *L.* 15. *C. de administrat. tutor. vel curat.* welche folgendermassen lautet:

Si non subscripsisti *quasi fideiussor*, frustra vereris, ne ex ea intercessione, *qua signasti ut curator*, olim liberatus (ut adfirmas) sententia Praesidis, *ex officio curatoris* conveniri possis.

Geht aber auch die actio contraria darauf, daß der Vormund von der actio tutelae befreyt werde? Ulpian verneint dieses schlechterdings. Nemo dixerit, sagt er *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* in hoc agere quem contrario posse, *ut tutelae iudicio liberetur*, sed tantum de his, quae ei propter tutelam absunt. Dieß ist auch wohl richtig, so lange nämlich der Vormund noch nicht Rechnung abgelegt hat. Denn eher kann man ja auch nicht wissen, ob der Vormund dem Pupillen, oder nicht vielmehr der Pupill dem Vormunde schuldig sey[43]). Wie kann also hier von einer Befreyung die Rede seyn? So wie jedoch der Vormund mit der actio tutelae directa zur Ablegung der Rechnung angehalten werden kann; so kann auch der Vormund hinwiederum mit der actio contraria verlangen, daß ihm die Rechnung abgenommen, und Quittung darüber ausgestellt werde[44]).

Hat der Vormund eine Forderung an seinen Mündel, die nicht gerade aus der Vormundschaftsverwaltung entstanden ist, z. B. die Schuld rührt noch von dem Vater des Pupillen her; so kann diese zwar eigentlich zum Gegenstande der actio contraria nicht gemacht werden, weil dem Vormunde deshalb schon eine andere Klage zu Gebote steht. Sollte jedoch der Vormund dem Pupillen, eben deswegen weil er dessen Vormund war, nachgesehen haben, und darüber die ordentliche Klage erloschen seyn; so kann diese Nachsicht dem Vormunde nicht zum Nachtheil

43) S. *Ant.* Fabri Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 23. pag. 959. seq.

44) S. *Jo.* Schilter Prax. Jur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 183. und Schmidt pract. Lehrbuch von Klagen und Einreden. §. 1105. a. E. Man sehe jedoch auch Mevius Decision. Tom. I. Decis. 228.

gereichen, sondern er kann nun mit der actio contraria seine Bezahlung oder wenigstens Sicherheit verlangen. Denn nun tritt der Grund ein, warum dem Vormunde die actio contraria zusteht, nämlich damit ihm seine vormundschaftliche Amtsführung nicht zum Schaden gereiche, weil er, wenn er nicht Vormund gewesen wäre, nicht so lange gewartet hätte [45]). Man könnte ihm zwar zur Last legen, daß er nicht für die Bestellung eines Curators in Zeiten gesorgt habe, gegen den er seine Ansprüche an den Pupillen hätte geltend machen [46]), oder daß er auch sich selbst hätte bezahlt machen können [47]); allein der Grund, daß er den Schaden nicht erlitten hätte, wenn er nicht Vormund gewesen wäre, blieb dennoch überwiegend, und mußte ihm zur Entschuldigung gereichen, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 1. §. 5. *D. h. t.* Ulpianus *libro XXXVI. ad Edictum.* An in hoc iudicio non tantum, quae pro pupillo, vel in rem eius impensa sunt, veniant, verum etiam ea quoque, quae debebantur alias tutori, utputa a patre pupilli si quid debitum fuit, quaeritur? Et magis puto, cum integra sit actio tutori, non esse in contrarium iudicium deducendum.

§. 6. Quid tamen, si ideo exspectavit, *quia tutor erat*, et ideo non exegit? videamus, an *contrario iudicio tutelae* indemnitatem consequatur. Quod magis probandum est. Nam sicuti quodcumque aliud gessit pro utilitate pupilli, id contrario

45) S. Faber Jurispr. Papin. c. l. Illat. 21. pag. 957. sq.

46) *L.* 2. *in fin. C. de in litem dando tut. vel curat.* (V. 44.)

47) *L.* 9. §. 5. *D. de admin. et peric. tut. et curat.*

iudicio, consequetur, ita etiam id, quod sibi debetur, consequi debet, vel eius securitatem.

§. 7. Ergo [48]) et si ex causa, quae tempore finitur, obligatio aliqua fuit, tutelae contrarium iudicium esse ei placuit.

Eben so wird auch in dem umgekehrten Falle die actio tutelae directa perpetuirt, wenn der Tutor des Pupillen Schuldner ist, gegen den aber der Pupill nur eine actio temporalis hatte, wenn diese durch unterlassene Bezahlung der Schuld zur Casse des Mündels erloschen ist, wie ebenfalls Ulpian *libro XXXVI. ad Edictum* [49]) lehrt, wo er sagt:

Item si temporali actione fuit obligatus tutor, dicendum est, locum esse tutelae iudicio, ut perpetua actio sit.

So wie also dem säumigen Vormunde sein Verzug nicht zum Vortheil gereichen kann; so darf auch hinwiederum dem nachsichtigen Vormunde seine Gefälligkeit gegen den Mündel nicht in Schaden bringen [50]). Der Vormund kann ferner

3) für die bey der Ausübung seines Amts sowohl

48) Die florentinische Ausgabe hat *Ego*. Allein Haloander und alle übrige Ausgaben, mit Ausnahme der Gothofredischen, lesen *Ergo*. Dieser Lesart giebt auch Brenkman in der Göttinger Ausgabe den Vorzug, und *Ant.* Faber c. l. pag. 958. bemerkt, es könne gar nicht anders, als *Ergo* gelesen werden: Est enim ea illatio ex praecedentibus.

49) *L.* 9. §. 2. *D. de admin. et perie. tutor. vel curat.*

50) Bey der actio negotiorum gestorum ist es eben so. *L.* 8. *pr. L.* 19. *pr. D. de negot. gest.*

von dem Mündel oder Curanden selbst, als durch Zufall erlittene Schäden Ersatz fordern. Daß der Vormund wegen der durch des Pupillen oder Curanden Schuld erlittenen Schäden Ersatz fordern könne, ist wohl keinem Zweifel unterworfen. Denn da, wo die Obligatio ex re entsteht, wird zur Verpflichtung eines Minderjährigen weder die Einwilligung des Curators, noch die Auctorität des Tutors erfordert [51]). Ob aber auch der Vormund für zufällig erlittene Schäden Ersatz fordern könne, ist streitiger. Johann Voet [52]) behauptet dieses, wenn er den Schaden um der Vormundschaft willen erlitten hat, und ihm dabey gar keine Schuld zur Last fällt. Denn sein Amt dürfe ihm nicht zum Nachtheil gereichen. Der Socius könne ja diesen Schaden in Rechnung bringen, welcher doch an dem Gewinn der Gesellschaft Theil nimmt [53]); um so mehr also der Vormund, welcher von seiner Amtsführung keinen Vortheil hat, sondern die Tutel zum Besten des Pflegligs übernehmen mußte. Beym Mandate sey es freylich anders [54]). Allein schon Africanus [55]) habe diese Härte gemißbilliget, iustissime enim, sagt er, procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset, — et multo aequius esse, nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam

51) *L.* 46. *D. de obligat. et act.* (XLIV. 7.)

52) Comment. ad Pand. h. t. §. 7. Dieser Meinung ist auch *Jo. Bernh.* Friesen Diss. de actione directa, utili, ac contraria. *Jenae* 1706. Th. XV.

53) *L.* 52. §. 4. *D. pro Socio.* (XVII. 1.)

54) *L.* 26. §. 6. *D. Mandati.* (XVII. 2.)

55) *L.* 61. §. 5. *D. de furtis.* (XLVII. 2.)

sui commodi causa susceperit, damnosum esse. Dennoch behaupten die meisten Rechtsgelehrten [56]), das Gegentheil, und beziehen sich auf *L.* 26. §. 6. *D. Mandati*, welche hier analog angewendet werden dürfe. Darauf hat jedoch schon Voet erwiedert, daß zwischen einen Tutor und Mandatar ein Unterschied sey, indem jener genöthiget, dieser aber freywillig das ihm aufgetragene Geschäft übernehme. Weniger Bedenken hat es wohl,

4) daß der Vormund für seine, nicht als Vormund geleisteten Dienste eine billige Vergeltung in Rechnung bringen könne. Z. B. er hat dem Mündel in seinen Processachen als Advocat gedient, oder der Vormund ist ein Schneider oder Schuhmacher, und er hat seinem Mündel oder Curanden die Kleider, oder Schuhe gemacht [57]). Allein eine Bezahlung für seine Mühwaltung als Vormund kann er eigentlich nicht verlangen. Denn der Vormund muß sein Amt unentgeldlich führen [58]). Jedoch

56) *Jo. Matth.* Magnus Rationum et Differentiar. iuris civ. Lib. II. Cap. 8. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 305.) von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 2. B. IV. Buch. §. 410. Thibaut Syst. das Pand. Rechts. 1. B. §. 527. (In den früheren Ausgaben desselben war die entgegengesetzte Meinung vom Voet angenommen.) Carl Jul. Meno Valett ausführl. Lehrbuch des pract. Pandectenrechts. 5. B. (Leipzig 1829.) §. 914.

57) Struv Synt. iuris civ. P. II. Exercit. XXXI. Th. 71. et *Pet.* Müller ad *Eundem* not. e. pag. 592. Berlich P. I. Decis. 134. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentatt. in Pandect. P. II. h. t. §. 3.

58) *L.* 38. *D. de negot. gest.* Tutores gratuitam, certe integram et abstinentem omni lucro praestare fidem debent. — *L.* 58. *pr. D. de admin. et peric. tutor.*

kann ihm ein Honorar von dem Vater des Pfleglings, oder aus billigen Rücksichten auch von der Obrigkeit ausgesetzt seyn [59]), oder auch schon nach den Gesetzen des Landes gebühren [60]). Heut zu Tage pflegt, auch in Ermangelung dieser besondern Bestimmungen, nach einer gemeinen fast überall anerkannten Gewohnheit, auf welche vielleicht die Ansicht von tutela fructuaria gewirkt haben mag, dem Vormunde gewöhnlich, wenn die Vormundschaft nur irgend von einiger Bedeutung ist, eine von der Obrigkeit ermäßigte Belohnung zuerkannt zu werden [61]). Ein

59) *L.* 33. §. 3. *in fin. D de adm. et peric. tutor.* — nisi ab eo, qui eum dat, certum *solatium* ei constitutum sit. Die Glosse liest hier *salarium*, und führt die Lesart *solatium* blos als eine Variante an. *Salarium* lesen auch mehrere Ausgaben, z. B. die des Miräus, Baudoza, und Merlinus. Allein das Wort *solatium* wird in den Gesetzen sehr häufig in der Bedeutung von emolumentum, remuneratio, honorarium genommen. S. Brissonius de Verb. Signif. v. *Solatium.* Glossarium Nomicum Cod. Theodos. h. v. (Tom. VI. P. II. *Cod. Theod.* pag. 270. edit. *Ritter.*) und Püttmann Probabil. iuris civ. Lib. II. Cap. 7. pag. 50. sqq. Man vergleiche noch die *L.* 1. §. 6. *et* 7. *D. de tutelae et ration. distrah.* und *Jos. Ferhand. de* Retes Opusculor. Lib. IV. ad L. 58. D. de admin. tutor. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 200. nr. 3.)

60) S. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 3. et 4. *Jo. Hieron.* Hetzer Diss. ad Leg. Laetoriam. §. XIII. in fine, et not. l. (in *Dan.* Fellenberg *Jurispr. antiqua.* Tom. II. pag. 622.) Man vergl. auch den 29. Th. dieses Commentars. §. 1299. S. 49.

61) S. *L. B. a* Wernher Select. Observation. for. Tom. III. P. II. Obs. 426. Lauterbach Collegt theor. pract. Pand. h. t. §. 6. *Jo. Gottl.* Heinaccius Element. iuris Ger-

munus tutelare gratuitum gehört daher jetzt zu den Ausnahmen von der Regel [62]). Voet [63]) meint jedoch, daß deswegen nicht sowohl die contraria tutelae actio Statt finde, sondern ein solches Honorar mit einer persecutio extraordinaria zu fordern sey [64]). Allein h. z. T. kann diese Forderung unbedenklich in die actio contraria aufgenommen werden, wenn man sie nicht vielmehr als Einrede gegen die actio tutelae directa durch Compensation anbringen kann [65]).

Was übrigens bisher von der contraria tutelae actio gesagt worden, gilt auch von der actio negotiorum gestorum contraria utilis, welche den Curatoren gegen ihre Pflegbefohlnen zusteht [66]).

man. Tom. I. §. 371. *Car. Ferd.* Hommel Rhapsod. Quaestion. for. Vol. IV. Obs. 549. und Mittermaier's Grundsätze des gemein. deutschen Privatrechts. §. 376. der 3. Ausgabe.

62) S. *Hier. Hartw.* Moeller Diss. inaug. de munere tutelari haud gratuito, sub praesid. *Matth. Benon.* Hering *Rostochii* 1738. def.

63) Commentar. ad Pand. h. t. §. 12.

64) Arg. *L.* 7. *et L.* 56. §. 3. *D. Mandati. L.* 1. *pr. et* §§. *sqq. D. de extraord. cognition.*

65) S. Schmidt's pract. Lehrb. von gerichtl. Klagen und Einreden. §. 1105. und Not. i. S. 732. (der neuest. Ausgabe von Martin. Jena 1823. 8.)

66) *L.* 2. *D. de Negot. gestis.* (III. 5.) S. *Hug.* Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XV. Cap. 22. §. 4. (Vol. IX. edit. noviss. *Norimb.* 1826. 8. pag. 193.)

§. 1371. b.

Eigenschaften der actio contraria.

So wie sich die actio contraria von der directa dadurch unterscheidet, daß sie auf eine Entschädigung des Vormundes rücksichtlich der gehabten Auslagen und Kosten, so wie insonderheit der in der Ausübung des Amts erlittenen Schäden, desgleichen auf eine Befreyung von den für den Mündel oder Curanden während der Vormundschaft übernommenen Verbindlichkeiten, und Entrichtung der ihm gebührenden Vergeltung und des ausgesetzten Gehalts geht; so ergeben sich hieraus noch folgende Merkmale, wodurch sich die actio contraria vor der directa auszeichnet, nämlich 1) diese Klage infamirt nicht, so wie die actio directa [67]), nam in *contraria* non de perfidia agitur, sagt Ulpian [68]), sed de calculo, *qui fere iudicio solet dirimi* [69]). Denn hier ist blos von

67) S. *Mich.* Grassi Praxis antiquo-moderna actionum forens. in specie directar. et contrariarum in differentiis principalior. *Tubingae* 1726. Sect. II. §. 1. pag. 23.

68) *L.* 1. *et L.* 6. §. *ult. D. de his, qui notant. infam.* (III. 2.)

69) Man hat diese Worte auf mancherley Art zu emendiren gesucht. So z. B. will *Corn. van* Bynkershoek Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 6. dem auch *Ger.* Schroderus Observat. Lib. II. cap. 14. gefolgt ist, *indicio* statt iudicio lesen. Allein daß die Bemühungen der Critiker hier ganz vergeblich gewesen, hat Püttmann Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 5. §. 2. pag. 31 sqq. gezeigt. Das Wort *iudicio*, sagt er, werde hier nicht, wie es die Ausleger verstanden haben, pro causae controversae disceptatione, sondern pro vi iudicandi genommen, so daß der Sinn der

Rechnungen die Rede. 2) Bey dieser Klage findet kein iuramentum in litem Statt [70]. 3) Die actio contraria ist auch mit keinem Privilegium, noch stillschweigendem Pfandrechte verbunden [71]. Anderer Meinung ist zwar

Worte sey: *contrario iudicio damnatum ideo non fieri infamem, quia in contrariis iudiciis non de perfidia agatur, sed de calculo, et calculus sola fere iudicandi vi dirimatur.* In dieser Bedeutung werde das Wort *iudicium* auch in der *L. ult. D. de manum. vind.* genommen. Daß ein Wort in einer und derselben Stelle in zweyerley Bedeutung genommen wird, ist in den Pandecten nichts Ungewöhnliches, wie *Ev.* Otto in Papiniano Cap. 6. §. 4. und *Gail.* Pauw in Diss. ad varia iuris civ. capita Cap. 3. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iuridic. select. in academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 125.) aus mehreren Beyspielen bewiesen haben. Ebenfalls ohne Emendation hat das Gesetz erklärt *Henr.* Hellinghusen in Diss. de Legibus nonnullis Romanor. Cap. XV. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. novo Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 42. sq.) Man vergleiche noch *Ant.* Schultingii Notae ad Dig. s. Pandect. Tom. I. ad L. 6. §. 7. D. de his, qui not. infam. pag. 414. sq. und Smallenburg ad *Eundem* Not. 3. wo noch mehr kritische Versuche angeführt werden. Der Scholiast in den *Basilicis* Tom. II. pag. 620. hat σχεδόν ἐν δικαστηρίῳ. Uebrigens können zur Erläuterung dieser Stelle auch noch Quintilianus *Institut. Orat.* Lib. VII. Cap. 4. nr. 35. (edit. *Spalding.* Vol. III. pag. 128.) und *L.* 29. *D. de dolo malo* verglichen werden.

70) Arg. *L.* 5. *pr. D. Depositi.* (XVI. 3.) S. Grassi Diss. cit. Sect. II. §. 2. pag. 29.

71) S. Grassus cit. Diss. cit. Sect. II. §. 5. pag. 34. sq.

Mercurial. Merlinus [72]); allein Frieb. Esaias von Pufendorf [73]) hat die Gründe dieser Meinung näher geprüft, und sie mit Recht verworfen. Es ist kein Gesetz vorhanden, welches dem Vormunde, seiner Gegenforderung wegen, ein Privilegium, oder eine Hypothek giebt. Es fragt sich aber, ob dem Vormunde seiner Gegenforderung wegen nicht wenigstens ein Retentionsrecht zustehe? Dieses ist nicht zu bezweifeln, wenn die Erfordernisse desselben vorhanden sind [74]). Hierin stimmen auch alle Rechtsgelehrten [75]) überein, und die Gesetze bestätigen diese Meinung. Denn Gajus [76]) stellt den allgemeinen Satz auf: Quod *contrario iudicio* consequi quisque potest, id etiam *recto iudicio*, quo cum eo agitur, potest salvum habere *iure pensationis*. Daß darunter auch das Retentionsrecht begriffen sey, haben schon Wilhelm Fornerius [77]), und Gerh.

72) Tract. de pignorib. et hypothecis. (*Coloniae* 1661. f.) Lib. III. Tit. 1. Quaest. XX. et XXI. pag. 247. sq.

73) Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 172. §. 6—8.

74) S. den 15. Th. dieses Commentars §. 937.

75) S. Mevius Decision. Tom. I. P. III. Decis. 170. pag. 287. *J. H.* Boehmer ius Dig. h. t. § 2. *Mich.* Grassus Diss. cit. Sect. II. §. 3. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. III. Observ. 172. §. 2—5. *Jo.* Wunderlich Disquisit. de iure retentionis, quatenus tutori competat. *Jenae* 1758. (Faselius) syst. Darstell. des Retentionsrechts. §. 17. a. E. Vergl. auch den 15. Th. dieses Commentars §. 937. S. 127.

76) *L.* 18. §. *ult. D. Commodati.*

77) Selection. Lib. II. Cap. 14. (in *Thes. J. R. Otton.* Tom. II. pag. 63.) Daher werden auch die Benennungen

Noodt [78]) bemerkt. „Nun wird es der Willkühr des Vormundes überlassen, utrum compensare, an petere velit sumtus [79]).

retentio und compensatio in den Gesetzen häufig mit einander verwechselt, wie ich im Commentar a. a. O. §. 936. S. 117. gezeigt habe.

78) Commentar. ad Dig. Lib. XIII. Tit. 6. §. ult. (*Opp.* Tom. II. pag. 320.)

79) *L.* 1. §. 4. *D. h. t.*

Lib. XXVII. Tit. V.

De eo, qui pro tutore prove curatore negotia gessit.

§. 1372.

Wer heißt ein Protutor oder Procurator, und wer ist ein falsus tutor? Wie unterscheiden sich beyde?

Schon an einem andern Orte [80]) kam die Frage vor, ob dem Pupillen an dem Vermögen eines Protutors, eben so wie an dem Vermögen des wahren Vormundes eine stillschweigende Hypothek zustehe? Bey dieser Gelegenheit ward denn auch, jedoch nur im Vorbeygehen, der Begriff vom Protutor gegeben, ohne ihn weiter zu erörtern. Hier ist nun aber der Ort dazu [81]). Was heißt also

80) S. den 19. Th. §. 1088. S. 155. ff.

81) Man vergleiche über diesen Titel *Ant.* Fabri Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VII. Illat. 82. pag. 906. und Princ. VIII. Illat. 31. pag. 967. sq. *Jo.* Voet Comment. ad Pand. h. t. *Ulr.* Huber Praelection. ad Pand. h. t. *Mich.* Grassi Diss. Delibata ex materia iuris Protutorum cont. *Tubingae* 1704. 4. eine zwar alte, aber gründlich geschriebene Disputation. *B.* Voorda Thes. controversar. Dec. XXVI. §. 5—9. und L. J. Reu-

hier *pro tutore negotia gerere?* Dieß hat verschiedene Bedeutungen. Es heißt 1) soviel, wenn man, ohne Vormund zu seyn, sich den Geschäften eines Pupillen und zwar in der Absicht unterzieht, um sich als Vormund desselben zu benehmen; ob es in der Meinung geschieht, als sey man wirklich zum Vormund bestellt, oder ob man sich wissentlich für den Vormund eines Pupillen ausgiebt, da man doch nicht zum Vormund desselben berufen ist, also man befinde sich dabey in gutem oder bösem Glauben, dieß ist im Verhältniß zum Pupillen gleichgültig. Zu dieser ersten Bedeutung gehört folgende Gesetzstelle.

L. 1. §. 1. *D. h. t.* ULPIANUS *Libro XXXVI. ad Edictum.* PRO TUTORE autem NEGOTIA GERIT, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, sive se putet tutorem, sive sciat non esse, fingat tamen esse.

Wenn auch Jemand, welcher nicht Vormund war, sich aber selbst dafür hielt, vom Magistrate wäre genöthiget worden, die Geschäfte des Pupillen zu besorgen; so ist dennoch ein solcher nur für einen Protutor zu halten, und wird, des obrigkeitlichen Zwanges ungeachtet, kein wahrer Vormund [82]). So lehrt ebenfalls Ulpian *L.* 1. §. 7. *D. h. t.*

Si quis tamen, cum tutor non esset, compulsus a Praetore vel a Praeside, dum se putat tuto-

Fetel Unterschied zwischen Protutor oder Procurator, und falsus tutor; in dem Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeb von Gensler, Mittermaier und Schweitzer 1. B. Nr. XVIII. S. 246—252.

82) Conf. FABER Jurispr. Papin. Tit. XII. Pr. VIII. Illat. 31. pag. 970.

rem, gesserit tutelam, videndum, an pro tutore teneatur? Et magis est, ut, quamvis compulsus gesserit, teneri tamen debeat, *quia* [83]) *animo tutoris gessit, cum tutor non esset.*

Um also in dieser Bedeutung als ein Protutor behandelt zu werden, ist es nicht genug, bloßer Geschäftsführer eines Mündels zu seyn, sondern man muß die Geschäfte animo tutoris, wie Ulpian sagt, das heißt, mit dem Willen, als Vormund zu handeln, übernommen haben. Dieß heißt eigentlich *pro tutore negotia gerere*, man nehme nun den Ausdruck *pro tutore* entweder in der Bedeutung von loco tutoris, in welcher auch Cicero [84]) *pro Consule* statt loco Consulis sagt; oder man erkläre ihn durch tanquam, oder perinde ac si tutor esset, cum non est, wie ebenfalls Cicero [85]) von dem Dichter Archias sagt: *pro cive se gerebat*, i. e. perinde ac si civis esset. Ulpian faßt Beydes zusammen, wenn er sagt *L.* 1. *pr. D. h. t.* Si quis *quasi tutor*, pro tutore administraverit tutelam [86]). Zuweilen werden aber auch die Ausdrücke *pro tutore* administrare und *quasi tutor* einander entgegengesetzt, wo denn das *quasi*, wie Huber [87]) bemerkt hat, keine Fiction, sondern die

83) Die florentinischen Pandecten lesen qui. Allein quia haben Haloander, und alle übrige. Diese Lesart vertheidigt auch *Jo. Guil.* Hoffmann Observation. variar. c. Meletemat. ad Pandect. Diss. XXIV. §. 4. mit Hülfe der Gemination, nämlich so: qui Animo i. e. *quia animo.*

84) Orat. *pro Lege Manil.* Cap. 21. nr. 62.

85) Orat. *pro Archia Poeta.* Cap. 5.

86) Man vergl. auch *L.* 1. §. 2. 6. und 7. *D. h. t.*

87) Praelect. ad Pand. h. t. §. 1.

Wahrheit ausdrückt[88]). Auch diese Bedeutung lernen wir vom Ulpian, welcher *L.* 1. §. 5. *D. h. t.* sagt:

Sed et si prius *pro tutore* administraverit, deinde *quasi tutor* [89]), aeque tenebitur ex eo, quod *pro tutore* administravit: quamvis devolvatur hic gestus in tutelae actionem.

Ein Nichtvormund kann nun zwar die Geschäfte eines Minderjährigen eben sowohl, wie die eines Unmündigen besorgen, wenn es nur in der Absicht, als Vormund zu handeln, geschieht, denn sonst wäre er ein bloßer negotiorum gestor; es kann daher sowohl einen Procurator, als einen Protutor geben, wie auch schon aus der Rubrik unsers Titels erhellet. Hat jedoch

1) derjenige, welcher einen Unmündigen von der Obrigkeit zum Curator ist bestellt worden, die Geschäfte desselben geführt; so ist ein solcher nicht als Protutor zu behandeln, weil er nicht als Tutor, sondern als Curator gehandelt hat; und eben so wenig kann

2) auch derjenige für einen Protutor gehalten werden, welcher die Geschäfte einer solchen Person besorgte, die schon die Pubertät erreicht hatte, und also keinen Tutor mehr haben konnte. In beyden Fällen findet daher nicht die actio protutelae, sondern die *negotiorum gestorum actio* Statt, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

88) In dieser Bedeutung wird das Wort *Quasi* sehr häufig in den Pandecten gebraucht, wovon Brissonius de Verbor. Signif. voc. *Quasi* nr. 4. pag. 1160. eine Menge von Stellen angeführt hat.

89) *Quasi tutor* ist also hier so viel als, ut vere tutor, wie es auch *Ant.* Schulting Notae ad Digesta s. Pand. Tom. IV. h. t. pag. 485. erklärt hat.

L. 1. §. 7. *D. h. t.* Si curator impuberi a Praetore datus [90]), negotia gesserit, an quasi pro tutore gesserit, teneatur, quaeritur? Et est verius, cessare hanc actionem: *quia officio curatoris functus est* [91]). — nam non *quasi tutor*, sed *quasi curator* gessit.

L. 1. §. 6. *h. t.* Si quis *quasi tutor* negotia gesserit eius, *qui iam pubes est*, neque tutorem habere potest: *protutelae actio* cessat. Simili modo et si eius, qui nondum natus est [92]): nam ut *pro tutore* quis gerat, eam esse personam oportet, cuius aetas recipiat tutorem, id est, *impuberem esse oportet* [93]): sed erit negotiorum gestorum actio [94]).

90) *Ant.* Faber Jurispr. Papin. c. l. pag. 970. versteht dieses so: impuberi forte iam habenti tutorem.

91) Es findet aber die utilis negotiorum gestorum actio statt. S. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. II. not. a. pag. 154.

92) Nämlich wenn der postumus nachher nicht geboren ist. Denn hier fehlt das Subject, dessen Tutel geführt werden konnte. Es ist kein Impubes da. Daher sagt Paulus *L.* 24. *D. de tutelae et rat. distrah.* die actio protutelae könne darum nicht Statt finden, *quia nulla significatio est*, d. h. es ist hier keine Tutel denkbar, der Begriff, die Bedeutung von Tutel ist hier gar nicht anwendbar. Denn so wie sich, ohne das Daseyn eines Pupillen, keine wahre Tutel denken läßt, eben so auch keine Protutel. S. Fabri Jurispr. Pap. pag. 968. in fin. und Pothier c. l. Nr. X. not. o. pag. 154. in fin.

93) Diese Worte fehlen in der Haloandrischen Ausgabe, stehen aber in allen übrigen.

94) Nämlich *utilis*. S. Fabri Jurispr. Papin. pag. 968. in fin. et sq. und oben §. 1368. S. 262. f.

Damit also Jemand als Protutor zu behandeln sey, muß er a) quasi tutor gehandelt haben, b) die Person, deren Geschäfte er besorgt hat, muß noch unmündig, und also c) schon geboren seyn. Dazu kommt nun aber noch d) daß er auch selbst als Vormund, und nicht bloß im Auftrage des wahren Vormundes, gehandelt haben müsse, wie die Kaiser Severus und Antoninus rescribirt haben.

L. 4. *C. de negot. gestis.* (II. 19.) Qui pupillae negotia tutoris mandatu suscepit, *pro tutore negotia non videtur gessisse*, sed *negotiorum gestorum actione* pupillae tenebitur.

2) *Pro tutore negotia gerere* wird ferner von dem gesagt, welcher zwar auf eine rechtsbeständige Art zum Vormund bestellt worden, solches aber nicht wissend, die Tutel verwaltet hat. Zu dieser Bedeutung gehört die Stelle aus Javolenus *libro V. Epistolarum*, welche folgendermassen lautet:

L. 3. *D. h. t.* Quaero, an is, qui, cum tutor testamento datus esset, et id ipsum ignoraret, *pro tutore* negotia pupilli gesserit, *quasi tutor*: an, *quasi pro tutore* negotia gesserit, teneatur? Respondit: non puto teneri *quasi tutorem*, quia scire quoque, se tutorem esse, debet, ut eo affectu negotia gerat, quo tutor gerere debet.

Wer also als wahrer Vormund angesehen, und als ein solcher behandelt werden soll, muß auch wissen, daß er Vormund sey.

3) Wird auch von dem gesagt, er gerire *pro tutore*, der nicht auf die gehörige Art zum Vormund er-

nannt worden, und, ohne von der Obrigkeit bestätiget zu seyn, die Geschäfte des Mündels, als dessen vermeintlicher Vormund, verwaltet [95]). Hierher gehört z. B. der Fall, wenn die Mutter in ihrem Testament ihren Kindern Vormünder ernannt hat, und diese, ohne obrigkeitliche Bestätigung, sich der Vormundschaft unterzogen haben. Diese werden nach einem Rescript des Kaisers Alexander [96]) mit der protutelae actio belangt. Hierher würde auch der Fall gehören, den die Kaiser Severus und Antoninus *L.* 1. *C. de testam. tut.* (V. 28.) entschieden haben, nämlich wenn die Patronin ihrer liberta einen Vormund im Testament ernannt hätte; neque enim iure datus tutor fuit. Der Vormund hatte sich aber freywillig, nicht als Vormund, der Geschäftsführung der Freygelassenen unterzogen, darum hätte hier die actio negotiorum gestorum Statt [97]). Eben so wird gesagt, es handle Jemand *pro curatore*, wenn er nicht auf die gehörige Art zum Curator z. B. vom Vater im Testament, bestellt worden ist. Auch hier findet die utilis negotiorum gestorum actio Statt, wie aus folgendem Rescript der Kaiser Severus und Antoninus erhellet.

L. 6. *C. de negotiis gest.* Curatorem tibi quidem patris testamento datum dicis, *quod non potest videri iure factum*: quod si, ut proponis, administrationi se immiscuit, *negotiorum gesto-*

95) S. Voet Comm. h. t. §. 1. Grassus cit. Diss. §. 2.

96) *L.* 4. *Cod. de testam. tut.* Man vergleiche hier den 29. Th. dieses Commentars §. 1310. S. 257 — 263.

97) S. *Jac.* Cuiacii Commentar. in Cod. ad Tit. 45. Lib. V. de eo, qui pro tutore negot. gessit.

rum actio [98]) tam adversus eum, quam contra heredes eius tibi competit.

4) Wenn ein wahrer Vormund, nachdem er schon aufgehört hatte, Vormund zu seyn, weil er z. B. nur auf eine bestimmte Zeit vom Vater des Mündels in seinem Testament war bestellt worden, oder unter einer resolutiven Bedingung, welche eingetreten ist, doch noch Geschäfte seines gewesenen Mündels, als Vormund, besorgt hat; so sagt auch hier Ulpian *L.* 1. §. 4. *D. h. t.* er habe, finita tutela, *pro tutore* negotia impuberis gerirt [99]).

Daß übrigens derjenige, welcher Geschäfte eines Unmündigen pro tutore besorgt, auch für seine Person die Fähigkeit zur Uebernehmung einer Vormundschaft haben müsse, wie Heinr. Hahn [100]) behauptet, der sonst nur

98) Nämlich utilis, wie der griechische Scholiast in *Basilicis* Tom. V. Fabroti pag. 96. Sch. d. bemerkt, wo er sagt: Καὶ ἡ μὲν διρεκτα γρεῖται, ὅταν τις ἑκουσίως χωρὶς μανδάτου διοικήσῃ ἀλλότρια πράγματα· ἡ δὲ οὐτιλία, ὅταν τις ἐξ ἀνάγκης ἢ ὑπονοίᾳ ἀνάγκης διοικῇ, ὡς ἐπὶ τοῦ ἀληθοῦς κουράτωρος, ἢ τοῦ νομίζοντος ἑαυτὸν κουράτωρα. i. e. *Et* DIRECTA *quidem agitur, cum quis sua sponte sine mandato aliena negotia gerit.* UTILIS, *cum ex necessitate vel suspicione necessitatis gerit, ut verus curator, vel qui putat se curatorem esse.*

99) S. Faber Jurispr. Papin. c. l. pag. 969. *Ant.* Schultine Notae ad Dig. a. Pand. Tom. IV. pag. 485. und Pothier Pand. Just. h. t. Nr. III. not. c. pag. 154. Man vergleiche §. 1367. S. 235. der 1. Abth.

100) Observata theor. pract. ad *Wesenbecium* P. II. h. t. pag. 342. Eben so Schweppe Röm. Privatrecht. §. 772. (der 3. Ausgabe.)

die actio negotiorum gestorum gestatten will, ist nicht nöthig [1]). Die Gesetze lagen wenigstens das gerade Gegentheil, wie aus folgenden sich ergeben wird.

L. 1. §. 2. *D. h. t.* Proinde et si servus quasi tutor egerit, divus Severus rescripsit, dandum in dominum iudicium utile [2]).

L. 1. *C. de eo, qui pro tutore negotia gessit* (V. 45.) Impp. Valerian. et Gallienus. AA. Marcello. Etiam mulieres, si res pupillares *pro tutore* administraverint, ad praestandam rationem tenentur.

Diesen ist nicht entgegen, wenn der K. Philippus *L.* 4. *C. Qui dare tutores vel curatores poss.* (V. 34.) an den Emeritus rescribirt.

Militiae armatae muneribus occupatus, neque si legitimus sit, neque si ex testamento datus fuerit, neque alio modo, etsi voluerit, tutor vel curator fieri potest. Sed si errore ductus, res administraverit, *negotiorum gestorum actione* convenitur.

Denn da hier von beyden Fällen die Rede ist, nämlich wenn ein Soldat aus Irrthum sich entweder pro tutore oder pro curatore gerirt, so konnte unter dem generischen Namen der actio negotiorum gestorum auch die actio protutelae mit begriffen werden, zumal

1) Cujacius Comm. cit. ad h. Tit. Cod. Grassus Diss. cit. §. 2.

2) Es ist die actio protutelae de peculio. S. Pothier Pand. Justin. h. t. Nr. III. not. b. Auch die actio noxalis in dominum, *L.* 9. §. 1. *in fin. D. Quod falso tut. auct.*

da sie dieselbe nachahmt. Daher spricht auch Paulus [3]) nur von der actio negotiorum gestorum, ohne der *actio protutelae* besonders zu gedenken, wenn er sagt:

Qui cum tutor curatorve non esset, si *pro tutore curatorevé* res pupilli adultive administraverit, *actione negotiorum gestorum* pro tutore curatoreve tenebitur [4]).

Wer heißt nun aber ein falsus tutor? Paulus beantwortet diese Frage *libro X. Responsorum*, woraus die *L. 221. D. de verbor. signif.* genommen ist. Er sagt daselbst:

Falsum tutorem eum vere dici, *qui tutor non est* [5]), sive habenti tutor datus est, sive non [6]).

3) *Sentent. Recept. Lib. I. Tit. 4. §. 8.* (in Schulting Jurispr. vet. Antejustin. pag. 227.)

4) Man vergleiche über diese Stelle die Note des Cujacius bey *Ant.* Schulting o. l. not. 19. pag. 227.

5) *Corn. van* Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 13. will hier, mit einiger Versetzung der Worte, lesen: *Falsum tutorem* dici, qui *vere* tutor non est. Allein *vere* heißt hier so viel als recte, wie es öfters vorkommt. In den *Basilic.* Lib. II. Tit. 2. Tom. I. *Fabroti* pag. 65. heißt es: Πλαστὸς ἐπίτροπος ἐστιν, ὁ μὴ ὢν ἐπίτροπος.

6) Die Lesart ist hier verschieden. Einige lesen: si non habenti tutorem datus est, andere sive habenti tutorem. S. Cramer Tit. Pand. et Cod. de Verb. Signif. (*Hiliae* 1811.) pag. 111. Man nehme nun aber eine Lesart an, welche man will, so scheint doch keiner die Erklärung des Pothier Pand. Justin. Tom. III. Tit. de Verbor. Signif. Nr. XCIV. not. c. pag. 656. zu entsprechen, wenn er sagt: *Nec refert, pupillus alium verum tutorem habuerit, an nullum.*

sicut *falsum testamentum*, quod testamentum non est, et *modius iniquus*, qui modius non est.

Paulus entlehnte den Begriff, den er hier von falsus tutor giebt, aus dem Edict des Prätors, wovon der folgende Titel handelt. Denn da wird der Tutor, welcher in diesem Titel falsus genennt wird, mit den Worten bezeichnet: *qui tutor non fuerit;* und nach der Analogie vom testamentum falsum, konnte auch Paulus mit Recht sagen, dieß sey der richtige Begriff vom falsus tutor [7]). Denn derselbe Paulus giebt uns an einem andern Orte [8]) den Begriff vom *falsum* überhaupt so an, daß er sagt: *Falsum* est, quidquid in veritate non est, sed pro vero adseveratur. Paulus handelte überhaupt in dem 10. Buche seiner Rechtsfälle hauptsächlich von Tutelen, wie die in den Pandecten daraus genommenen Fragmente [9]) beweisen. Es muß also unsere *L.* 221. zu irgend einem dieser Rechtsfälle gehört haben, vielleicht zu dem, welchen er *L.* 12. *D. de tutel.* entscheidet, nämlich wenn einem Pupillen an die Stelle seines Tutors, welcher Reipublicae causa abwesend seyn mußte, ein Interimstutor gegeben worden ist. Paulus respondirte hier, wenn der absens nicht wieder zurückkommt, so könne der Substitut die Tutel fortsetzen, bis der Mündel die Pubertät erreicht hat, und er sey ein

7) S. *Jac.* Cujacius ad Tit. de Verbor. Signif. Commentar. ad h. L. 220. und Eiusd. Commentar. in Lib. X. Responsor. Julii Pauli ad eand. L. (*Oper. postum. a Fabroto editor.* Tom. III. pag. 58. sq.)

8) *Sententiar. Receptar.* Lib. V. Tit. 25. §. 3. bey Schulting Jurispr. Antej. pag. 516.

9) *L.* 12. *D. de tutel. L.* 25. *D. de tutor. et curat. dat. L.* 3. *D. Qui pet. tutor. L.* 100. *D. de solut.*

wahrer Vormund. Kehrt hingegen der absens wieder zurück, so höre nun der Interimsvormund auf, tutor zu seyn, und setzt er die Verwaltung fort, so fängt er nun an ein falsus tutor zu seyn. So erklärt Johann Göddäus[10]) unsere *L.* 221. Sie könnte aber auch zur *L.* 100. *D. de solut.* gehören, wo Paulus den Fall entscheidet, wenn die Tutel unter verschiedene Vormünder nach Verschiedenheit des Orts, wo die Güter liegen, getheilt ist, also einige für die Güter in Italien, andere für die Güter in den Provinzen bestellt sind. Hier dürfen sich erstere nicht in die Verwaltung der letzteren mischen. Daher war die von einem Provinzial-Schuldner den Vormündern in Rom geschehene Zahlung ungültig, und bewirkte, wenn sie ohne Auftrag oder Genehmigung der Provinzial-Vormünder geschehen war, keine Befreyung des Schuldners, weil der tutor urbanus, der die Zahlung angenommen, in Rücksicht derselben incompetent, und also ein falsus tutor war[11]), wofern nicht etwa die Schuld in der Provinz so contrahirt war, daß sie in Rom heimgezahlt werden sollte. Es mag sich indessen unsere *L.* 221. beziehen, auf welchen Rechtsfall sie will, so bleibt doch immer soviel gewiß, daß ein *falsus tutor* derjenige genennet wird, der nicht Vormund ist, und doch, aus Irrthum oder wissentlich, die vormundschaftlichen Geschäfte eines Unmündigen besorgt. Insofern ist also falsus tutor und protutor Eins. Jedoch wird auch derjenige ein *falsus tutor* genennt, der zwar wirklich bestellter Vormund ist, aber in Verhältnissen handelt, in

10) Comment. repetit. praelect. in Tit. 16. Lib. L. Pand. de Verb. Signif. ad h. L. 221. pag. 1173.

11) *L.* 1. §. 2. *D. Quod falso tutore auct.*

denen er dazu nicht befugt war, wie z. B. im Falle der *L.* 100. *D. de solut.* deſſen auch Ulpian *L.* 1. §. 2. *D. Quod falso tutore auctore* gedenkt, wenn er ſagt, daß das Edict des Prätors unter andern auch darin mängelhaft ſey, daß es den Fall nicht enthalte, *si fuerit tutor*, is tamen fuit, *qui auctoritatem accommodare non potuit*, puta furiosus, *vel ad aliam regionem datus.*

Insbeſondere aber wird in Beziehung auf den folgenden Titel derjenige *falsus* tutor genennt, welcher, ohne geſetzliche Befugniß, bey einem Geſchäft, welches der Mündel mit einem Dritten ſchloß, ſeine Auctorität ertheilte; er mag nun entweder zwar wirklich beſtellter Vormund ſeyn, aber hierin ſeinen Geſchäftskreis überſchritten haben, oder, ohne Vormund zu ſeyn, entweder dieſes wiſſend, oder aus Irrthum, in böſem oder gutem Glauben, ſeine Auctorität interponirt haben. In dieſer Bedeutung wird der Ausdruck *falsus tutor* in dem Edicte genommen, von welchem der folgende Titel handelt. In dieſem Titel iſt daher durchaus nur von den rechtlichen Folgen die Rede, die für einen Dritten entſtehen, welcher unter Auctorität eines Nichttutors, in der Meinung, er ſey ein wahrer Tutor, mit dem Pupillen ſelbſt contrahirt hat; dahingegen in dem vorhergehenden Titel, bey welchem wir hier ſtehen, nur von den Pflichten eines Protutors oder Procurators gegen den Mündel, in Beziehung auf Geſchäftsverwaltung, geredet wird [12]). Ein ſolcher blos geſchäftsverwaltender

12) Auch in den *Basilic.* Tom. V. Fabroti pag. 95. iſt überall nur die Rede von einem διοικεῖν τὰ πράγματα ὡς ἐπιτροπος, ſo wie in dem folgenden Titel pag. 97. überall von einer ἀνδεντία τοῦ πλαστοῦ ἐπιτρόπου.

Protutor kommt in dem folgenden Titel nur in sofern zum Vorschein, als er bey einem Geschäft des Mündels mit einem Dritten Auctorität interponirte [13]), denn nur in sofern paßt das Edict des Prätors auf ihn, von welchem in dem folgendem Titel die Rede ist. Es erhellet dieses deutlich aus *L.* 1. §. 5. *D. Quod falso tutore auctore.* wo Ulpian referirt:

Idem Pomponius scribit: etiam si pro tutore negotia gerens *auctoritatem accommodaverit*, nihilo minus hoc Edictum locum habere, nisi forte Praetor decrevit, ratum se habiturum id, quod his auctoribus gestum est: tunc enim valebit per Praetoris tuitionem, non ipso iure.

Es ist merkwürdig, daß in unserm Titel die Benennung falsus tutor auch nicht ein einziges mal vorkommt, so genau auch der Ausdruck *pro tutore gerere* darin erklärt wird. Eben so wenig in dem Titel des Coder: *de eo, qui pro tutore negotia gessit* (V. 45.). Ueberall ist auch nur von einer bloßen gestio die Rede, nirgends von einer auctoritatis interpositio. Nur erst in dem folgenden Titel, wo von der auctoritatis interpositio die Rede ist, kommt der Ausdruck falsus tutor vor. Der Prätor gab auch nur für den Fall einer gestio pro tutore die actio protutelae, ganz andere Rechtsmittel für den Fall einer gestio falso tutore auctore, wovon der folgende Titel handelt. Mag nun also auch zwischen den

13) Eben so wird auch an andern Orten der Pandecten, wo von einem mit dem Pupillen unter Auctorität eines Nichttutors von einem Dritten geschlossenen Geschäfte die Rede ist, immer der Ausdruck falsus tutor gebraucht. *L.* 13. §. 2. *D. de public. in rem. act. L.* 27. *D. de contrah. emt.*

Protutor und dem *falsus tutor* insofern kein Unterschied seyn, als der eine, wie der andere, denjenigen bezeichnet, welcher, ohne wirklich Vormund zu seyn, oder es zu wissen, doch quasi tutor handelt; so erhellet doch wenigstens aus der Vergleichung des 5. und 6. Titels soviel, daß man nur für den Fall einer bloßen Gestion die Benennung *protutor*, für den Fall einer auctoritatis interpositio aber die Benennung *falsus tutor* als Kunstwort gebraucht habe. Es würde also allerdings zwischen beyden ein Unterschied Statt finden, welcher darin besteht, daß der Protutor nur allein mit dem Pupillen in ein Rechtsverhältniß tritt, er mag allein gehandelt, oder mit einem Dritten ein Geschäft für den Mündel geschlossen haben, der falsus tutor aber durch die auctoritatis interpositio immer nur mit Dritten Personen [14]). Hoeloander irrt daher offenbar, wie auch schon Anton Faber [15]) bemerkt hat, wenn er in der *L.* 10. *D. Quod falso tutore auct.* gelesen wissen will: *Si cum falso tutore actum sit*, da die florentinischen Pandecten lesen: *Si falso tutore actum sit*, noch richtiger aber: Si *falso tutore* AUCTORE actum sit, gelesen werden muß [16]). Daß so gelesen werden müsse, erhellet theils aus den Schlußworten: ac si illo tempore *vero tutore auctore*

14) S. Neustetels angeführte Abhandlung, im Archiv für die civilist. Praxis. 1. B. S. 248. f.

15) Jurispr. Papin. scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 5a. pag. 975.

16) So lesen Robert Stephanus, Baudoza Lestius, Wilhelm Merlinus, und am neuesten Johann Ludw. Wilh. Beck. Dieser Lesart giebt auch Brenkman in der Gebauer-Spangenbergischen Ausgabe seinen Beyfall.

egisset; theils aus den Basiliken [17], in welchen es heißt: Ἐὰν ὁ πλαστὸς ἐπίτροπος ἐπὶ δίκῃ αὐθεντήσῃ, i. e. *Si falsus tutor in lite auctoritatem accommodaverit;* theils beweist dieses auch die genauere Erörterung des Falles, den Gajus hier entscheidet. Es hatte Jemand gegen den Pupillen eine Klage, die er geltend machen wollte. Er wandte sich deshalb an die Person, die sich für des Mündels Tutor ausgab, und welche er für den wahren Vormund hielt. Der falsus tutor übernahm aber nicht den Proceß selbst im Namen des Pupillen. Denn hätte derselbe die Sache des Pupillen tutorio nomine selbst geführt, so wäre auch die condemnatio, wie wir aus Gajus Institutionen [18] wissen, auf den tutor selbst gestellt worden. Er ließ also den Pupillen vor dem Prätor in seiner Gegenwart, und unter seiner Auctorität dasjenige selbst vollziehen, wodurch er den Proceß als Beklagter auf sich nahm. Daß der Pupill unter dem Beytritt seines Tutors eine Proceßführung übernehmen könne, ist keinem Zweifel unterworfen [19]. Ist nun der Vormund ein wahrer, so wird die am Ende erfolgte Condemnation gegen die Person des Pupillen gerichtet, und es bedarf keines Beweises, daß die Condemnation des Pupillen, so wie die ganze Proceßführung, eben

17) Lib. XXXVIII. Tit. 6. Const. 8. Tom. V. Fabroti pag. 98.

18) *Comment. IV.* §§. 82. 86. 87. S. Keller über Litis-Contestation und Urtheil. (Zürch 1827.) §. 68. S. 575. Not. 3.

19) *L. 1. §. 2. D. de admin. et peric. tutor. L. 2. pr. D. eodem. L. 7. D. Quando ex facto tutor. L. 7. §. 1. D. de Bonor. possess. L. 2. C. Qui legitimam personam standi in iud. hab.* (III. 6.)

so gültig und wirksam sey, als wenn ein Großjähriger gehandelt hätte. Allein in dem Falle, von welchem Gajus handelt, hatte ein falsus tutor bey der Proceßführung Auctorität interponirt. Eine solche Auctorität ist nichtig, und es ist also hier eben so, als wenn der Pupill ohne auctoritas tutoris processirt hätte. Die ganze Proceßführung ist also ohne alle rechtliche Wirkung, und kann den Pupillen so wenig, als die Condemnation, binden. War nun die gegen den Pupillen angestellte Klage eine persönliche Temporalklage, so konnte sie erlöschen, eben so als wäre sie gar nicht angestellt worden, und war sie eine Realklage, so konnte unterdessen die Usucapionszeit abgelaufen, und die Sache für den Kläger verloren seyn [20]). Denn durch eine solche nichtige Proceßführung war weder die Verjährung der Klage, noch die Usucapion unterbrochen worden. Beyde Folgen drückt auch Gajus in den Worten aus: *et interea dies actionis exierit, aut res usucapta sit.* Nun entstand die Frage, wer diese rechtlichen Nachtheile tragen müsse? Gajus beantwortet diese Frage so? *omnia incommoda perinde sustinere debet, ac si illo tempore vero tutore auctore egisset.* Wer ist nun aber der debet? Gewiß kein anderer, als der falsus tutor. Dieß lehrt Erstens der ganze Zusammenhang unserer *Lex* 10. mit den vorhergehenden und nachfolgenden Gesetzen. Denn die *L.* 7. *Quod falso tut.* enthält das Edict des Prätors gegen den falsus tutor, *qui dolo malo auctor factus esse dicetur.* Gegen diesen soll der Betrogene eine Klage haben, *ut quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnetur.* Von dieser actio in factum ist denn auch

20) S. Keller über Litiscontestation. §. 15. S. 130 ff.

in allen nachfolgenden Gesetzen die Rede. Das Edict giebt uns nun auch Aufschluß über die *incommoda*, quae falsus tutor sustinere debet. Sie bestehen darin, daß er den betrogenen Kläger für den Verlust entschädigen muß, den er durch den Dolus desselben erlitten hat. Er muß ihm also alles Interesse vergüten, das heißt, nebst Erstattung der Proceßkosten [21]), alles dasjenige leisten, was der Kläger erhalten haben würde, wenn ein wahrer Vormund bey dem Proceß mit dem Pupillen auctor gewesen wäre. Diese Erklärung bestärken Zweytens auch die Basiliken [22]). Hier lautet unsere L. 10. in ihrem ganzen Zusammenhange folgendermassen:

Ἐὰν ὁ πλαστὸς ἐπίτροπος ἐπὶ δίκῃ αὐθεντήσῃ, καὶ ἐν τῷ μεταξὺ σβεσθῇ ἡ ἀγωγὴ, ἢ κυριευθῇ διὰ χρήσεως τὸ πρᾶγμα, περιποιεῖ τὸ ἀζήμιον τῷ ἐνάγοντι, ὅπερ ἤμελλεν ἔχειν, ἀληθοῦς ὄντος ἐπιτρόπου.

Si falsus tutor in lite auctoritatem accommodaverit, et interim interierit actio, vel res usucapta sit, actori indemnitatem praestat, quam haberet, si verus tutor fuisset.

Eben dieß ist auch die richtige Ansicht eines Cujaz [23]), dem auch Gerh. Noodt [24]) und Dompierre *de* Jonquierres [25]) beystimmen; besonders eines Anton Fa-

21) *L.* 7. §. 3. *D. Quod falso tut. auct.*

22) Cit. loc. Tom. V. pag. 98. circ. fin.

23) Observation. Lib. XXII. Cap. 19.

24) Comment. ad Dig. Tit. Quod falso tut. auctore. §. Adversus quem (*Opp.* Tom. II. pag. 578.)

25) Specim. de restitutionibus in integrum. Lib. XXVII. Tit. 6. §. 7. pag. 369.

ber's [26]), und Pothier's [27]). Dahingegen ist die Erklärung der Glosse, welche unter dem *debet* den Pupillen verstehen will, dem die Verjährung oder Usucapion nicht zum Vortheil gereichen soll, ob ihr gleich auch Bartolus beystimmt, eben so unrichtig, als die des Heinrich a Suerin [28]), welcher unsere Gesetzstelle von dem Kläger selbst erklärt, so daß dieser einstweilen die Lasten der Sache, z. B. des Grundstücks, welches er vindicirte, übernehmen müsse, bis er solches durch das iudicium restitutorium, welches ihm gegen den Pupillen zustehe, wieder erhalte. Allein wollte man die Worte: *ac si illo tempore vero tutore auctore egisset*, auf den Pupillen beziehen, so müßte man das Wort *agere* in der ungewöhnlichen Bedeutung für iudicium accipere excipiendo nehmen. Von dem Pupillen ist aber hier gar keine Rede, sondern nur von dem falsus tutor. Unsere L. 10. gehört also zu dem zweyten Theile des Edicts, wo dem Betrogenen gegen den falsum tutorem, welcher in dolo ist, eine actio in factum ad id, quanti ea res est, gegeben wird. Die Restitution des Betrogenen gegen den Pupillen aber gehört zum ersten Theil des Edicts, wovon hier nicht die Rede ist. Es heißt zwar in der *L.* 7. §. 3. *D. eodem* etiam sumtuum in hoc iudicio rationem haberi, quos facturus est actor *restitutorio agendo;* allein die actio restitutoria ist hier keine andere, als die actio in factum

26) Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 32. pag. 975.

27) Pandect. Justin. Tom. II. Tit. Quod falso tutore auct. Nr. IX. Not. f. pag. 156.

28) Repetitar. Lection. iuris civ. Cap. 15. (in *Thes. Jur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 31.)

adversus falsum tutorem, wie auch Cujaz [29]) bemerkt hat. Nur dann, meint jedoch Anton Faber [30]), könne dem Betrogenen die Restitution gegen den Pupillen gestattet werden, wenn derselbe von dem falsus tutor nicht entschädiget werden könnte, weil ihm hier die Klage unnütz sey, welche der Prätor dem Betrogenen im zweyten Theile seines Edicts giebt [31]). Johann Jensius [32]) hat zwar insofern eine ganz richtige Ansicht, daß er unter dem, qui omnia incommoda sustinere debet, auch den falsus tutor versteht; allein darin scheint er mir zu irren, wenn er dem Gajus den Fall unterlegt, als habe der Pupill, falso tutore auctore, selbst geklagt, und dieser es also sey, welcher gegen den falsus tutor klagen müsse. Denn hier bedarf er der Edictsklage gar nicht, weil ihm hier die Restitution gegen den Dritten zusteht [33]). Nach dem Justinian. Rechte soll überhaupt gar keine temporalis praescriptio zum Nachtheil der Minderjährigen mehr Statt finden, damit es nicht erst einer in integrum restitutio bedürfe, um die rechtlichen Nachtheile wieder auf-

29) Comment. in Libr. XII. *Pauli* ad Edictum ad L. 2. D. Quod falso tut. auct. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. II. pag. 179.) Auch in den *Basilicis* Tom. V. pag. 98. Const. 7. §. 2. heißt es: Δίδωσι δὲ καὶ τὰς δαπάνας τῆς ἀποκαταστάσεως. i. e. *Praestat etiam restitutionis sumtus.*

30) Jurispr. Papin. c. 1. pag. 976.

31) *L.* 6. *D. de dolo malo.*

32) Ad Roman. iuris Pandect. et Codic. Stricturae (*Lugd. Batav.* 1764. 4.) pag. (183.) sq.

33) *L.* 45. *D. de minor. L.* 1. *C. Si advers. usucap.* (II. 36.) S. Unterholzners ausführl. Entwickelung der gesammt. Verjährungslehre (Leipzig 1828.) 1. B. § 37. S. 132. f.

zuheben, welche den Minderjährigen durch den Ablauf der Verjährung zugefügt worden sind [34]).

Es ist also nun wohl ausser allem Zweifel gesetzt, daß der falsus tutor im eigentlichen Sinne, in welchem er in dem folgenden Titel seine Rolle spielt, durch seine auctoritatis interpositio nie mit dem Pupillen, sondern stets mit dritten Personen in ein Rechtsverhältniß tritt.

Noch ein anderer Unterschied läßt sich jedoch zwischen einem Protutor und falsus tutor angeben, auf den die Verschiedenheit der Rubriken der beyden Pandecten-Titel des 5ten und 6ten hindeutet. Nämlich in der Ueberschrift des Tit. 5. wird neben dem Protutor auch der Procurator genannt, dahingegen in der Ueberschrift des Tit. 6. ein falsus curator nicht vorkommt. Es heißt blos: *Quod falso tutore auctore gestum esse dicetur.* Es kann daher das Edict, von welchem dieser Titel handelt, nicht füglich auf einen Nichtcurator angewendet werden, welcher in einem solchen Falle, da der Minderjährige an den Consens seines Curators eben so gebunden ist, wie der Pupill an die Auctorität seines Tutors, unbefugter Weise den Consens zu Geschäften ertheilt, die der Minderjährige mit dritten Personen schließt. Denn die Worte des Edicts in *L.* 1. §. 1. *D. Quod falso tut.* gehen ausdrücklich nur auf den Tutor und seine Auctorität, nicht auf den Curator und seinen Consens. Sodann aber wird in *L.* 11. *pr. D. eodem* das zwölf- und vierzehenjährige Alter desjenigen, für den der falsus tutor handelte, ausdrücklich hervorgehoben. Falsus tutor, sagt daselbst Ulpian, qui

34) *L.* 5. *C. In quib. caus. in integr. restitutio necess. non est.* (II. 41.) S. Unterholzner's ausf. Entwickl. 1. B. §. 35. S. 122.

in contrahendo auctor *minori duodecim vel quatuordecim annis* fuerit, tenebitur in factum actione propter dolum malum, cuiuscunque conditionis fuerit [35]). Das Verhältniß zwischen einem Nichtcurator und dem Dritten, der unter dem Consens desselben mit einem Minderjährigen contrahirte, ist also nicht das eines falsus tutor, sondern es ist so, als wäre überhaupt kein Consens hinzugekommen. Der Minderjährige erwirbt Rechte, ohne sich verbindlich zu machen und der Dritte muß sich an den Nichtcurator halten, und zwar, sofern dieser in dolo ist, mit der actio doli mali klagen [36]).

§. 1373.

Rechtsverhältniß zwischen dem Protutor oder Procurator und dem Pflegling.

Im Verhältniß zum Pflegling treten nun zwischen ihm und dem Protutor oder Procurator eben die Verhältnisse, wie bey dem wahren Vormunde ein. Denn

1) Der Protutor, und also auch der Procurator, ist zu eben dem Fleiße verpflichtet, wie der wahre Vormund. Man verlangt von ihm dieselbe Treue und Sorgfalt, wie man sie vom Tutor, von einem wirklichen Vormunde, verlangen würde. Pomponius *libro XVI. ad Quintum Mucium* [37]) sagt ausdrücklich:

35) Man sehe über diese Gesetzstelle *Jac.* Cujacii Observation. Lib. XXII. Cap. 20.

36) S. Neustetels angef. Abhandlung in dem Archiv für die civilist. Praxis. 1. B. S. 251. f. Anderer Meinung sind jedoch Thibaut im Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 534. und von Wening-Ingenheim im Lehrbuche des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 413.

37) *L. 4. D. h. t.* S. Zimmern über die Culpa bey der

Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret.

Da jedoch die Gesetze dem Vormunde die Vergünstigung, nur diligentiam, quantam in rebus suis, in Angelegenheiten seines Mündels prästiren zu dürfen, in Rücksicht seines lästigen Amtes, welches er zu übernehmen gezwungen ist, angedeihen lassen [38]); so entsteht die Frage, ob auch ein Protutor auf diese billige Nachsicht Anspruch machen könne? Man sollte glauben, es trete hier ein anderes Verhältniß ein, weil sich der Protutor freywillig und unberufen den vormundschaftlichen Geschäften unterzieht. Er sollte also einem negotiorum gestor, oder einem solchen Vormunde gleichgestellt seyn, welcher die Verwaltung der Vormundschaft freywillig übernimmt, und also, wie diese, diligentiam diligentis patrisfamilias prästiren. Dieß ist auch wirklich die Ansicht, welche der unsterblich verdiente Georg Ludwig Böhmer [39]) in einem Rechtsgutachten durchzuführen suchte. Er beruft sich auf *L.* 53. §. 3. *D. de furt.* wo Paulus sagt:

Qui alienis negotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet, licet culpa eius res perierit, sed actione negotiorum gestorum ita damnandus est, si dominus actione ei cedat. Eadem sunt in eo, *qui pro tutore negotia gerit*, vel in eo tutore, qui diligentiam praestare debeat, veluti qui ex plu-

Protutel, in dem Archiv für die civilist. Praxis. 1. B. Nr. XIX. S. 252—256.

38) *L.* 1. *pr. D. de tut. et rationib. distrah.* S. den 30. Th. dieses Commentars §. 1533. S. 244. ff.

39) Auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 1. Abtheil. Nr. 35. S. 268. ff.

ribus tutoribus testamento datis, oblata satisdatione, solus administrationem suscepit.

Hier wird nun wirklich der Protutor sowohl dem negotiorum gestor, als demjenigen Tutor gleichgestellt, welcher ausnahmsweise diligentiam, i. e. diligentiam diligentis patrisfamilias, also culpam omnem in abstracto präſtiren muß [40]). Er soll nämlich, wie der negotiorum gestor, wenn der dominus negotiorum ihm die actio furti cediren will, schlechterdings haften, wenn er sich die zu verwaltende Sache culposer Weise hat stehlen lassen. Schon eine geringe Culpa, eine so genannte culpa in abstracto, welche den Gegenbeweis einer gleich großen Nachläſſigkeit in eigenen Angelegenheiten nicht zuläßt, macht ihn verantwortlich. Wir können nun zwar dem Gesetz dadurch nicht füglich ausweichen, wenn wir mit Herrn von Löhr [41]) die Worte „*qui pro tutore negotia gerit*," von einem solchen verstehen wollten, welcher für den Tutor, mithin wirklich als negotiorum gestor, handelt. Denn diese Erklärung hat offenbar den bekannten technischen Sprachgebrauch von *pro tutore negotia gerere*, den ich in dem vorigen §. aus den Gesetzen erklärt habe, gegen sich. Es würde auch dieser Erklärung eine ähnliche Stelle des Paulus in *L.* 85. *D. de furt.* entgegenstehen, wo es heißt:

Is autem, qui sua voluntate, vel etiam *pro tutore negotia gerit*, item tutor vel curator, ob rem sua culpa subreptam, non habet furti actionem.

40) S. den 30. Th. des Commentars §. 1333. a. S. 257. f.

41) Die Theorie der Culpa. (Gieſſen 1806.) 3. Abſchn. §. 25. S. 169. Not. 3.

Allein die vom Böhmer angeführte Gesetzstelle läßt sich ohne Schwierigkeit mit unserer *L. 4. h. t.* vereinigen. Man dencke an den Begriff von Protutor. Meint dieser, er sey Tutor, er sey es nun entweder nicht, oder sey es wirklich, ohne es zu wissen; so muß er auch dem wahren Vormunde gleichgestellt werden, und es kann ihm keine größere Verantwortlichkeit, als diesem, obliegen. Weiß er aber, daß er nicht Vormund sey, und er giebt sich wider besseres Wissen für einen Tutor aus; so haftet er wie ein negotiorum gestor, ja wie auch selbst ein Vormund haften würde, welcher freywillig die Vormundschaftsverwaltung übernommen hat, d. h. er muß diligentiam in abstracto prästiren, er ist also für jede culpa verantwortlich. So hat auch der scharfsinnige Zimmern in der oben angeführten Abhandlung die Schwierigkeit glücklich gelöst [42]).

Der Protutor haftet nun aber nicht nur, wenn er positiv gefehlt, sondern auch wenn er Geschäfte unterlassen hat, die sonst ein Vormund hätte mit besorgen müssen, jedoch nur insofern, als sie mit den übernommenen zusammenhängend sind, oder ein Anderer, den er von der Uebernahme derselben abhielt, solche besorgt haben würde [43]). Wußte er, daß er zwar zum Vormund bestellt, aber daß es nicht auf eine rechtsgültige Art geschehen sey, und er hat sich eben deswegen in die Administration gar nicht eingemischt, quia non iure datus tutor fuit; so kann

42) Man sehe auch Schweppe Röm. Privatrecht §. 772. der 3. Ausg. und von Wening-Ingenheim Lehrb. 2. B. IV. Buch. §. 413. der 3. Aufl.

43) Gragius Diss. cit. §. 5. von Wening-Ingenheim a. a. O. §. 413.

er als Protutor nicht belangt werden [44]). Denn Protutor würde er erst geworden seyn, wenn er sich der Verwaltung der Vormundschaft unterzogen hätte, dazu war er aber nicht verbunden. Hatte er sich hingegen der Vormundschaft unterzogen, in der Meinung, er sey rechtmäßiger Vormund; so darf er, wenn er nachher das Gegentheil erfährt, nicht sogleich die bisher geführte Verwaltung niederlegen, sondern er muß den Verwandten des Pupillen davon Nachricht geben, damit diese um die Bestellung eines andern Vormundes für den Mündel bey der Obrigkeit bitten. Unterläßt er diese Anzeige, so ist er dafür verantwortlich [45]). Es gehört hierher die *L.* 1. §. 9. *D. h. t.*

Sed utrum solummodo in id, quod gessit, tenebitur, an vero in id etiam, quod gerere debuit? Et, *si quidem omnino non* [46]) *attingit tutelam* [47]), non

44) *L.* 1. *C. de testam. tut.* (V. 28.)

45) S. *Ant.* Fabri Jurispr. Papin. Tit. XII. Princ. VII. Illat. 82. pag. 906.

46) In der Octav-Ausgabe des Corp. J. C. von Beck (*Lipsiae* 1825.) fehlt das non. Allein in der editio stereotypa *Lipsiae* 1829. f. heißt es: omnino *non attigerit* tutelam.

47) *Ant.* Faber Jurispr. Papin. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 31. pag. 969. in fin. versteht diese Stelle so: *Et siquidem omnino non attigisset tutelam, non teneretur.* Darin hat er auch Recht; allein wenn dieser große Rechtsgelehrte sagt: *Quamquam non video, quonam casu huic sententiae locus esse possit. Nam si protutor ille est, qui pro tutore negotia gerit, quomodo potest esse protutor is, qui nihil omnino gessit, nihilque attigit ex bonis pupilli? Nec enim sola opinio eius, qui se falso tutorem esse putat, facit protutorem,*

tenebitur: neque enim attingere debuit, qui tutor non fuit. Quod si quaedam gessit, videndum, an etiam eorum, quae non gessit, teneatur? Et hactenus tenebitur, *si alius gesturus fuit:* sed et si cognito, quod tutor non fuit, abstinuit se administratione: videamus, an teneatur, *si necessarios pupilli non certioravit, ut ei tutorem peterent? Quod verius est.*

Ueberdem hat der Protutor alle übrige Pflichten auf sich, die auch einem wahren Vormunde obliegen [48]). Er muß daher, wie ein wahrer Vormund, ein Inventar errichten [49]), Rechnung ablegen, und Zinsen bezahlen, wo auch ein wahrer Vormund dazu verbunden ist. Ulpian sagt *L.* 1. §. 8. *D. h. t.*

In protutelae iudicio *usurae* quoque veniunt.

Allein eine gleiche Gewalt, wie dem wahren Vormunde, steht dem protutor nicht zu [50]). Daher kann er keine Sachen des Mündels, auch nicht einmal bewegliche, veräußern, der Pupill kann sie vindiciren, wenn auch der Protutor Caution Rem pupilli salvam fore geleistet hätte [51]).

nisi gestio et administratio aliqua accedat; so hätte ihm die *L.* 1. *C. de testam. tut.* das Räthsel auflösen können, welche die Glosse zur Erläuterung anführt.

48) S. *Matth.* Berlich Decision. P. II. Decis. 230. nr. 8.

49) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 5. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 534.

50) S. Huber Praelect. ad Pand. h. t. § 3.

51) S. Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. XXXVII. §. 186. und Pothier Pand. Justin. Tom. II. Tit. quod falso tut. auct. Nr. II. not. b. pag. 155.

Celsus, ohnerachtet er noch vor dem Veräusserungsverbote des Kaisers Septimius Severus lebte, sagt *L.* 2. *D. h. t.* ausdrücklich:

Si is, qui *pro tutore* negotia gerebat, cum tutor non esset, rem pupilli vendidit, nec ea usucapta est: petet eam pupillus, quamquam ei cautum est: *non enim eadem huius, quae tutoris, est rerum pupilli administratio.*

Zwar wird hier von einer usucapio gesprochen, und gegen den Unmündigen als möglich angenommen [52]); allein wäre auch eine solche Usucapio gegen den Pupillen möglicher Weise abgelaufen, so würde doch demselben auch das ausserordentliche Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Zustand, wie auch Cujacius [53]) bemerkt hat, nicht zu versagen seyn, obwohl der aus *L.* 4. §. 24. *D. de dolo mali et metus exceptione* hergenommene Beweis nicht gilt. Denn wenn es daselbst nach der florentinischen Lesart heißt:

Si quis non tutor, sed *pro tutore* negotia gerat: an dolus ipsius noceat pupillo? videamus. Et putem non nocere: nam si is, qui *pro tutore* negotia gerebat, rem vendiderit, *et usucapta sit,*

52) Pothier cit. loc. not. a. und Unterholzner's Verjährungslehre. 1. B. §. 37. Schilter c. l. pag. 428. will daher lesen: *nec ea qua*, i. e. nec ea res *aliqua forte ratione* usucapta est. Man sehe noch vorzüglich *Jos. Fernand. de* Retes succisiva Selectio ad leges, quae prohibent usucapion. (in *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 472. sq.)

53) Commentar. ad Tit. Pand. de Usurpat. et usucap. ad L. 4. §. 11. h. t.

exceptionem non nocere pupillo, rem suam persequenti, etiamsi ei cautum sit: quia huic rerum pupilli administratio concessa non fuit;

so ergiebt sich schon aus der Vergleichung mit der vorher angeführten Stelle des Celsus, die mit der des Ulpians fast gleichlautend ist, daß: *nec usucapta sit*, gelesen werden müsse. Diese Lesart wird auch durch die Scholien der Basiliken [54]) bestätiget, in welchen dieses Gesetz auf folgende Art ins Griechische übertragen ist:

54) Lib. XXXVIII. Tit. 5. Sch. h. Tom. V. Fabroti pag. 96. Cujacius, welcher Observation. Lib. XV. Obs. 22. diese richtigere Lesart selbst vertheidiget, und schon in Comm. ad Tit. Pand. de usurpat. et usucap. c. l. bemerkte, daß die Wörter *et* und *nec* häufig aus Irrthum von den Abschreibern sehr verwechselt worden, beruft sich auch auf die *Basilica*, welche ebenfalls καὶ μὴ ὀφσουκαπιτεύσῃ αὐτὰ ὁ ἀγοραστὴς lesen sollen. Allein in der Ausgabe des *Gail. Ott.* Reitz von dem 50. 51. und 52. Buche der Basiliken, welche wir in dem *Thes. Meerman.* Tom. V. finden, heißt es *Lib. LI. Tit. 4. Const. 4. §. 24. de dali mali et metus exceptione*, pag. 90. affirmativ: καὶ διὰ τὸ χρᾶσθαι δεσπόσῃ αὐτὰ ὁ ἀγοραστής· welches Reitz so übersetzt hat: *eamque emtor usuceperit.* Diese Lesart entspräche nun freylich den florentischen Pandecten, daher vertheidigen auch gegen Cujaz die affirmative Lesart *Adr.* Pulvarus ad legem Atiniam. Cap. XVII. (Tom. IV. *Thes. Otton.* pag. 543.) Robertus Recept. Lect. Lib. I. Cap. 7. und Animadvers. Lib. I. cap. 24. so wie auch *Siegm. Reich.* Javenius Meditat. critic. de Negationib. Pand. Florentin. Cap. XIII. §. 35. pag. 182. standhaft. Den Widerspruch der Lesart in den Basiliken hat jedoch auch Reitz c. l. pag. 90. not. 27. bemerkt. Pothier's Pand. Justin. Tom III. Tit. de doli mali et met. except. Nr. XXII. pag. 268. liest: *et non usucapta sit.* Die Glosse

Ὁ δόλος τοῦ προστάτορος οὐκ ἀντίκειται τῷ πουπίλλῳ. ἐὰν γὰρ πωλήσῃ πρᾶγμα αὐτοῦ, καὶ μὴ ὑπὸ συνουκαπιτεύσῃ αὐτὸ ὁ ἀγοραστὴς, ὁ πούπιλλος ἐκδικεῖ αὐτό, μὴ ἀντιτιθεμένης αὐτῷ παραγραφῆς, κἂν εἰ ἔλαβε παρ' αὐτοῦ τὰ ἱκανά.

Dolus protutoris pupillo non nocet: nam si vendiderit rem eius, nec usucapta sit ab emtore, pupillus eam vindicat, non opposita exceptione, etiamsi ei cautum sit.

Ob nun gleich durch den unter dem Kaiser Septimius Severus gemachten Senatsschluß, der auch häufig als *Oratio Divi* Severi angeführt wird, den Vormündern nur verboten wurde, die praedia rustica und suburbana ihrer Pflegbefohlnen ohne eine besondere obrigkeitliche Erlaubniß zu veräussern, wovon Lib. XXVII. Tit. 9. die Rede seyn wird; so sagt dennoch Ulpian *libro II. de omnibus Tribunalibus* [55]) von den Protutoren und Procuratoren ganz allgemein:

Qui neque tutores sunt ipso iure, neque curatores, sed *pro tutore* negotia gerunt, vel *pro curatore*, eos non posse distrahere res pupillorum, vel adolescentium, nulla dubitatio est.

Es erscheint zugleich aus dieser Gesetzstelle, daß solche

stimmt in ihrer Erklärung mit der florentinischen Lesart überein. Haloander, Mirãus, Merlinus, Chevallonius, und Baudoza lesen, auch wie die Florentine, *et usucapta sit*. Russard bemerkt jedoch in seiner Ausgabe, es müsse wegen *L. 2. h. t.* nec *usucapta sit* gelesen werden.

55) *L. 8. pr. D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt.*

Veräusserungen ganz ungültig sind, sie mögen von einem Protutor oder Procurator unternommen worden seyn [56]; und zwar gilt dieses nicht nur von solchen Sachen, deren Veräusserung die Oratio Divi *Severi* den Vormündern ausdrücklich verbot, sondern auch von solchen, deren Veräusserung den wahren Vormündern erlaubt war [57]. Da wegen der Nichtigkeit der Veräusserung das Eigenthum der Sache durch die Tradition auf die Käufer nicht übertragen, sondern diesen, wenn sie bona fide gekauft haben, blos ein rechtlicher Grund zur Usucapion gegeben wird; so kann dem Pupillen, wenn er die veräusserten Sachen vindicirt, die Einrede, es sey ihm von dem Protutor cautio rem pupilli salvam fore gemacht worden, und er müsse also zuförderst mittelst der actio ex stipulatu diese Caution gegen die Bürgen geltend machen, nicht entgegen gesetzt werden, wie Paulus *libro XII. ad Edictum* [58] ausdrücklich sagt:

Utique et si pupillo cautum sit, melius dicetur, rem suam restitui pupillo debere, quam incertum cautionis eventum exspectare.

Eben so wenig braucht sich der Pupill an den Protutor verweisen zu lassen, um erst gegen diesen actione protutelae klagen zu müssen.

56) S. *Christ. Gottl.* Haubold Historiae iuris civ. Rom. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis Specim. I. (*Lipsiae* 1798. 4.) Cap. I. §. 4.

57) S. *Pet.* Fabri Semestrium Lib. II. cap. 15. pag. 245. (*Genevae* 1660. 4.)

58) *L.* 6. *D. Quod falso tutore auctore.* S. Cujacii Comment. ad L. 2. D. eodem. (*Opp. postum.* Tom. II. pag. 180.)

Einem Protutor kann auch in der Regel keine Zahlung gültig geleistet werden, so daß der Schuldner dadurch ipso iure befreyt werde [59]). Dieß ist wenigstens der Analogie gemäß. Denn so sagt Julian *libro LIV. Digestorum* [60]).

Procuratori, qui se ultro alienis negotiis offert, solvendo nemo liberabitur.

Und Ulpian [61]) sagt ganz allgemein, keine einem Nichtvormunde geschehene Zahlung befreye den Schuldner des Pupillen. Indem nun Paulus *libro XXXVIII. ad Edictum* [62]) eine Ausnahme beyfügt, wenn er sagt:

Debitores solvendo ei, qui *pro tutore* negotia gerit, liberantur, *si pecunia in rem pupilli pervenerit:*

so wird dadurch die Regel vollends auſſer allen Zweifel gesetzt.

Es ist jedoch dieß nicht die einzige Ausnahme, welche Paulus macht, nämlich wenn das dem Protutor gezahlte Geld zum Nutzen des Mündels verwen

59) Ex *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 31. pag. 971. *Barn.* Brissonius de Solutionib. Lib. I. pag. 16. *Franc.* Florens ad Tit. Dig. et Cod. de solution. et liberat. Tract. (*Oper. iurid. a Lorber a* Storrchen editor. Tom. II. pag. 490. §. *Quae diximus.*) Montanus de tutel. Cap. XXXII. nr. 129. Grassus Diss. cit. de protutor. §. IX. *Jo. Ad. Theoph.* Kind Quaestion. for. Tom. I. Cap. 26. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch 2. B. IV. Buch §. 413. a. E.

60) *L.* 34. §. 4. *D. de Solution.* (XLVI. 3.)

61) *L.* 14. §. 2. *D. eodem.*

62) *L.* 28. *D. eodem.*

det worden ist. Eine zweyte Ausnahme findet Statt, wenn die Schuld, welche an den Protutor bezahlt worden, aus seiner eigenen Geschäftsführung herrührte [63]). Es waren z. B. die Gelder des Pupillen von dem Protutor selbst ausgeliehen worden, und der Schuldner hatte sie diesem wiederbezahlt; oder der Protutor hatte die Gelder deponirt, und sie sind ihm von dem Depositar auf sein Verlangen wieder restituirt worden. War hier der Schuldner in bona fide, und wußte er also nicht, daß derjenige, den er für den Vormund hielt, kein wahrer Vormund sey, so wird er durch die geleistete Zahlung ganz frey, wußte er aber, daß derselbe nicht Vormund sey, so wird der Schuldner nur dann von seiner Verbindlichkeit frey, wenn der Protutor Zahlung leisten kann [64]). Von diesem Falle erklärt man die *L.* 88. *D. de solutionib.* welche aus des Quintus Cervidius Scävola *libro V. Digestorum* [65]) genommen ist. Sie lautet folgendermassen:

Filiae intestato patri heredis negotia mater gessit, et res vendendas per argentarios dedit, idque ipsum codice conscriptum est. Argentarii universum redactum venditionis solverunt, et post solu-

63) Faber c. l. und in Cod. Sabaud. Lib. V. Tit. 45. Def. un. nr. 1. 2. 3. et 4. und Grassus cit. Diss. §. IX.

64) S. *Ant.* Faber cc. ll. und *Osw.* Hilliger *Donellus* enucleat. Lib. XVI. Cap. 10. lit. L. pag. 1484.

65) Diese Gesetzstelle haben vorzüglich erklärt *Pet.* Faber Semestrium Lib. II. Cap. 15. pag. 241. sqq. (*Genevae* 1660. 4.) und *Jos. Fernand. de* Retes Opusculor. Lib. IV. sive uberiores notae ad notas Claudii affikas Digestor. s. Responsor. Libb. Scaevolae ad L. 88. D. de Solution. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 219 sq.)

tionem novem fere annis, quidquid agendum erat, nomine pupillae mater egit, eamque marito nuptum collocavit, et res ei tradidit. Quaesitum est: an puella cum argentariis aliquam actionem habeat, quando non ipsa stipulata sit pretium rerum, quae in venditionem datae sunt, sed mater? Respondit, si de eo quaereretur, an iure ea solutione argentarii liberati essent: responderi iure liberatos. Claudius: *subest enim illa ex iurisdictione pendens quaestio, an pretia rerum, quae sciebant esse pupillae, bona fide solvisse videantur matri, quae ius administrationis non habebat? ideoque, si hoc sciebant, non liberantur: scilicet si mater solvendo non sit.*

Der Fall, den Scävola hier erörtert, iſt folgender. Ein Vater ſtarb ohne Teſtament, und ſeine einzige noch unmündige Tochter war ſeine Erbin. Die Mutter derſelben war nicht zur Vormünderin über ſie beſtellt. Sie hätte auch damals nur mit Erlaubniß des Kaiſers zur Vormünderin beſtellt werden können [66]). Daher ſagt Claudius Tryphoninus in ſeiner Note zu dieſer Stelle des Scävola: *mater ius administrationis non habebat.* Sie verwaltete aber doch die Geſchäfte ihrer noch unmündigen Tochter, ſo gut, als ob ſie Vormünderin wäre. Denn daß Frauensperſonen, eben ſo wie Mannsperſonen, die Geſchäfte der Unmündigen pro tutore verwalten können, erhellet aus *L.* 1. *C. h. t.* Sie ließ daher Sachen ihrer Tochter, wie bey den Römern der Gebrauch war, öffentlich durch die Argentarien verkaufen [67]), und

66) *L. ult. D. de tutelis.*

67) Gajus *Comm. IV.* §. 126. *L.* 18. *pr. D. de heredit. petit.* Seneca *Controvers.* Lib. I. Praefat. (*Operum*

stipulirte mit ihnen wegen der Bezahlung der aus der Auction gelösten Gelder. Die Argentarien trugen auch den Empfang und Erlös in die Bücher ihrer Bank (codices [68]) ein, und zahlten den Preis, den sie aus dem Verkaufe gelöst hatten [69]), der Stipulation gemäß an die Mutter. Nach dieser Zahlung hatte die Mutter fast noch neun Jahre die Geschäfte ihrer unmündigen Tochter ver-

Tom. III. pag. 173. edit. *Gronov.* (Amstelod. 1672. 8.) Quintilian. *Institut. Orator.* Lib. XI. Cap. 2. nr. 24. Vol. IV. pag. 309. sq. edit. *Spalding.* (Lipsiae 1816.) Cicero *pro Caecinna.* Cap. 6. S. *Herm.* Hubert Disp. de argentariis veterum II. Cap. 3. §. 1. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iuris Belgicar.* Vol. II. Tom. I. pag. 713.) *Jo. Gottfr.* Sieber Diss. de argentariis, earumque in primis officiis. (Lipsiae 1739.) Cap. I. §. 22. (in Bebeke *Thes. iuris cambial.* P. I. pag. 40. sq.) und *Wilh. Theod.* Kraut Commentat. de argentariis et nummulariis. (*Gottingae* 1826. 8.) Cap. III. pag. 26. sq.

68) Cicero *in Catilin.* Orat. II. cap. 8. und *Orat. II. in Verr. Rullum. Cap.* 25. nennt die von den Argentarien über die von ihnen gehaltenen Auctionen geführten Rechnungen, *auctionariae tabulae.* Von Ulpian *L.* 1. §. 3. *D. de tutelae et ration. distrah.* werden sie *auctionalia*, von dem griechischen Schriftsteller in den *Basilic.* Tom. V. pag. 75. aber τραπεζιτικοὶ λόγοι, *mensariae rationes*, genennt.

69) In der *L.* 88. wird der Ausdruck universum redactum gebraucht, d. h. universa pecunia ex venditione rerum redacta. S. *Jo. Frid.* Gronovii Observat. Lib. I. cap. 20. pag. 123. (edit. *Platner.*) *Corn. van* Bynkershoek Observation. Jur. Rom. Lib. I. cap. 25. §. *Quod apud.* pag. 72. edit. *Heineccii* und *Car. Andr.* Duker Quaestiones Latinitatis Ictorum pag. 391.

waltet, und nomine pupillae, also gewiß, pro tutrice, gehandelt. Die Mutter verheyrathete nachher ihre Tochter, und übergab ihr ihr Vermögen. Nun entstand die Frage, ob die Tochter gegen die Argentarien eine Klage habe, daß sie ihr das aus dem Verkaufe der Sachen gelöste Geld bezahlen sollten? Scävola entscheidet für die Argentarien. Sie wären, sagt er, durch die der Mutter geleistete Zahlung der Auctionsgelder von ihrer Schuld den Rechten nach befreyt worden. Zwar steht dieser Entscheidung ein wichtiger Zweifelsgrund entgegen, den Scävola selbst vorbringt. Er sagt, es habe ja nicht die Tochter, sondern die Mutter mit den Argentarien stipulirt: *quando* (i. e. quandoquidem s. quia) *non ipsa stipulata sit, sed mater.* Da sich also die Argentarien der Tochter nicht verbindlich gemacht hätten; so hätten sie auch von ihr nicht befreyt werden können [70]). Dennoch bleibt er bey seiner Entscheidung, daß gegen die Argentarien keine Klage Statt finde. Warum aber und in wiefern? sagt er nicht, darum fügt Claudius dieser Entscheidung noch eine erläuternde Note hinzu. Dieser Claudius ist der römische Jurist Claudius Tryphoninus, welcher besonders unter den Kaisern Septimius Severus und Antoninus Caracalla blühte [71]). Er hat nach der Gewohnheit der Röm. Rechtsgelehrten, über klassische Werke ihres Fachs Anmerkungen zu schreiben, über den Scävola commentirt. Ob er über alle Werke des Scävola Noten geschrieben, wie Joseph Fernan-

70) *L.* 116. *D. de Verbor. obligat.*

71) *L.* 44. *D. de Excusat.* *L.* 12. §. 17. *D. de captiv. et postlim. revers.* *L.* 59. *D. de poenis.* S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 1. Abth. §. 99.

des de Retes [72]) behaupten will, ist nicht gewiß; so viel aber ausser Zweifel, daß er über die libros Digestorum und Responsorum des Scävola commentirt habe, wie die aus denselben in den Pandecten befindlichen Fragmente beweisen. Seine Noten über Scävola sind blos erklärende. Denn da die Schriften desselben wegen der allzugroßen Kürze, deren sich Scävola vor allen andern befleißigte, oft sehr dunkel sind; so sucht sie Tryphonin durch seine Noten zu erläutern [73]), weil ihm die Meinungen seines Lehrers [74]) am besten bekannt waren. Er tadelt daher seinen Lehrer nie, weicht auch nicht leicht von seinen Meinungen ab, sondern sucht sie blos durch erläuternde Zusätze zu verdeutlichen [75]). Daher sagt Cujaz [76]): Claudius *interpres fuit brevitatis* Scaevolae, *sive explanator*. Die Noten des Tryphonins machten nun kein eigenes Werk aus, wie z. B. die notae *Juliani* ad Urseium Ferocem, ferner

72) Opuscolor. Lib. IV. ad L. 88. §. 12. D. de Legat. II. nr. 1. (Tom. VI. *Thes. Meerman.* pag. 201.)

73) Man sehe z. B. *L.* 19. *D. de peculio castrensi. L.* 32. §. 1. *D. de usu et usufr. legat.* und *Jac.* Cujacii Observation. Lib. X. Cap. 39. et Lib. XXIII. cap. 8.

74) Daß Cervidius Scävola des Claudius Tryphoninus Lehrer gewesen, hat *Christ.* Rau in Diss. de Claudio Tryphonino ICto Rom. *Lipsiae* 1768. §. VIII. bewiesen.

75) S. Rau Diss. cit. §. XIII. Zuweilen fügt auch Tryphonin zur Bestärkung der Meinung des Scävola noch Gründe hinzu. S. *L.* 80. *D. ad SCtum Trebell. L.* 78. §. 6. *L.* 77. §. *ult. D. eodem. L.* 58. *pr. D. de admin. et peric. tutor. et curat.*

76) Ad L. 32. §. 2. D. de Usufr. legato.

des *Iavolenus* ex Cassio; sondern sie begleiten überall den Text, auf welchen sie sich beziehen, und sind dem Hauptwerke gleichsam einverleibt. Ein solcher Text wird dann fragmentum notatum genennt, wie unsere *L.* 88. *D. de Solut.* als Beyspiel dienen kann. Tryphonin, welcher nie seinen Lehrer tadelt, verwirft auch hier die Entscheidung des Scävola nicht, sondern erläutert sie nur. Es liegt hier, sagt er, eine quaestio facti zum Grunde, welche zur richterlichen Untersuchung und Reflexion gehört. So müssen die Worte des Claudius: *Subest enim illa ex iurisdictione pendens quaestio*, verstanden werden, wie sie auch Peter Faber [77]) erklärt hat. Denn Fernandez de Retes [78]) hat sie ganz unrichtig verstanden, wenn er sie so erklärt: *Advertit* (sc. Claudius) *ex superiore dictione iuris, sive ex superiore responso* Scaevolae, *illam quaestionem adhuc pendere: id est, accipiendum esse responsum secundum hanc limitationem.* Der Ausdruck: *quaestio ex iurisdictione pendens* heißt eben soviel, als wenn Scävola *libro V. Responsorum* [79]) sagt: quaestio ad iudicis cognitionem remittenda. Es kommt also alles, sagt Claudius in seiner Note zum Scävola, auf die zur richterlichen Cognition gehörige Frage an, ob die Argentarien der Mutter die erhobenen Auctionsgelder in gutem Glauben bezahlt hätten. Dieß setzt nun Scävola bey seiner Entscheidung voraus. Es konnte auch eine solche bona fides bey den Argentarien daraus füglich gefolgert

77) Semestrium Lib. II. pag. 247.

78) Opusculor. Lib. IV. ad h. L. (Tom. VI. *Thes. Meerman.* pag. 220.)

79) *L.* 135. §. 2. *in fin. D. de Verbor. obligation.*

werden, daß die Mutter mit ihnen wegen der Bezahlung stipulirt, die Auction auch öffentlich, nach vorhergegangener Bekanntmachung durch den Präco, oder, wie noch gewöhnlicher war, durch Anschlag einer tabula auctionaria an der Banck, und an den frequentesten Orten der Stadt [80]), also vor den Augen des Volks geschehen war. Konnten die Argentarien hier nicht denken, die ihnen zur Verauctionirung von der Mutter übergebenen Sachen seyen ihr Eigenthum, sie habe also das Recht gehabt, sie versteigern zu lassen, und an sie seyen auch die aus der Auction gelösten Gelder zu bezahlen, weshalb sie ja selbst mit den Argentarien stipulirt hatte? Gesetzt aber auch, sie hätten gewußt, die Sachen gehörten ihrer unmündigen Tochter, es wären also wirklich res pupillares; so konnten sich die Argentarien noch immer in dem gerechten Irrthume befinden, die Mutter, die so gerade und öffentlich beym Verkaufe dieser Sachen zu Werke ging, müsse ein Recht haben, die Sachen ihrer Tochter zu verwalten, denn sonst würden ihr ja wohl die Vormünder die Verwaltung untersagt haben. Sie mußten in diesem guten Glauben noch mehr dadurch bestärkt werden, daß die Mutter beynahe noch neun Jahre nach der Zahlung alle Geschäfte nomine pupillae, ohne allen Widerspruch, geführt, ja auch ihre Tochter verheyrathet, und ihr das Vermögen ausgehändiget hatte. Wie aber, wenn die Argentarien dennoch gewußt haben sollten, die Mutter habe kein ius administrationis gehabt? Dieß ist der Fall, den Scävola nicht berührt hat. Mit Recht, sagt hier Tryphoninus,

80) Cicero *pro Publio Quintio*. Cap. 6. et ad Eund. Hotomanus in edit. *Graevian.* Tom. I. P. I. pag. 29. Man vergleiche Hubert Diss. II. cit. de argentariis Vett. Cap. III. §. 1. et 2.

die Argentarien seyen dann durch die der Mutter geleistete Zahlung von ihrer Verbindlichkeit nicht befreyt worden, weil sie hier in mala fide waren. Doch beschränkt er dieses auch nur auf den Fall, wenn die Mutter insolvent ist. Es läßt sich daraus schließen, daß wenn die Mutter noch solvent ist, die Tochter sich an diese halten müsse. So erläutert und limitirt Tryphonin die Entscheidung des Scävola.

Allein hier ist noch ein Anstand zu beseitigen. Man dencke sich, die Mutter habe pro tutrice für ihre unmündige Tochter gehandelt; wie konnte sie denn Sachen ihrer unmündigen Tochter veräussern? Wußte sie nun, sie habe kein ius administrationis; so war sie ja in dolo, und diesen theilten mit ihr die Argentarien, welche gleiche Wissenschaft hatten. In einem solchen Falle soll ja selbst der dolus eines wahren Vormundes dem Pupillen nicht zum Nachtheil gereichen, er sey solvent, oder nicht [81]). Kein Wunder, wenn Peter Faber [82]) die Worte: *scilicet si mater solvendo non sit*, für einen unächten Zusatz, für das Scholion eines unbekannten Auslegers hält. Dennoch ist dazu kein hinlänglicher Grund vorhanden. Die Mutter war freylich nicht berechtiget, Sachen ihrer unmündigen Tochter durch die Argentarien versteichern zu lassen. Diese jedoch von den Käufern zu vindiciren, erlaubte publica auctionis fides nicht. Denn das Geschäft der Argentarien war, man sage dagegen, was man will, ein öffentliches Geschäft, bey dessen richtiger Verwaltung das ganze Publikum interessirt war. Wer also, dem öffent-

81) *L.* 198. *D. de div. Regul. iuris.*

82) Semestr. Lib. II. cap. 15. pag. 245. §. *Igitur argentarios.*

lichen Zutrauen folgend, welches die Gesetzgebung selbst dem Institut der Argentarien beylegte [83]), mit denselben in Verkehr sich eingelassen hatte, mußte so vollkommen gesichert seyn, als wenn er sich dem Staate selbst anvertraut hätte, unter dessen besondern Aufsicht die Banken standen [84]). Sie waren gleichsam, wie sich Claudius Salmasius [85]) sehr richtig ausdruckt, publicae fidei sequestres. Wegen dieses öffentlichen Credits durfte sogar der Vormund nichts ersetzen, wenn er Gelder seines Mündels in die Bank gegeben, und diese verloren gingen [86]). Waren nun also die Argentarien in dem Falle, von welchem Scävola handelt, nicht in bona fide, so wurden sie zwar freylich durch die an die Mutter wissentlich, daß sie zur Verwaltung des Vermögens ihrer unmündigen Tochter nicht befugt sey, geschehene Bezahlung der Auctionsgelder von ihrer Verbindlichkeit gegen die Tochter derselben nicht frey. Da jedoch dieses Obligationsverhältniß aus einer Geschäftsführung für die Mutter entstanden ist, so bleibt sie den Ar-

83) *L.* 16. §. 1. *D. de Edendo.* (II. 13.) *L.* 24. §. 2. *D. de rebus anct. ind. possid.* (XLII. 5.) S. *Claud.* Salmasii de Usuris lib. Cap. 17. pag. 508. sq. und von Almendingen über Urkundenedition und Argentarien (in dem Magazin für die Philos. und Geschichte des Rechts, herausgegeb. von Carl von Grolman. 1. B. S. 320. ff.) Man s. auch den 12. Th. dieses Commentars. §. 786. S. 125. f. Abweichend sind Hubbar de Argentariis Vett. Diss. I. Cap. III. §. 2. und Kraut in Comment. cit. Cap. VI. pag. 56. sqq.

84) *L.* 1. §. 9. *D. de officio Praef. Urbi.* (I. 12.)

85) De modo Usurarum. Cap. XVI. pag. 722.

86) *L.* 50. *D. de administr. tutor.* S. *Jos.* Fenestres *et de* Monsalvo Hermogenian. Tom. I. pag. 567. sqq.

gentarien verpflichtet. Ist sie daher solvent, so können sich die Argentarien durch eine Cession der Klage gegen sie von den Ansprüchen der Tochter befreyen. Dieß läßt sich wenigstens durch ein argumentum a contrario daraus folgern, weil die Argentarien nur dann haften sollen, scilicet si mater solvendo non sit. Daß nun aber diese Worte kein unächter Zusatz irgend eines Interpreten sind, erhellet aus den Basiliken [87], in welchen unsere *L.* 88. folgendermassen lautet.

Ἐαν γυνὴ μετὰ θανάτον τοῦ ἀνδρὸς, τὰ τῆς θυγατρὸς αὐτῆς διοικοῦσα, πράγματά τινα δι' ἀργυροπρατῶν πωλήσῃ, καὶ τὸ τίμημα λάβῃ, καὶ ἄπορός ἐστιν, οὐκ ἐλευθεροῦνται οἱ ἀργυροπράται, ἐὰν εἰδότες τῆς κόρης εἶναι τὰ πράγματα, δεδώκασι τὰς τιμὰς εἰ καὶ τὰ μάλιστα πολὺν χρόνον διώκησεν τὰ πράγματα αὐτῆς, καὶ ἀνδρὶ αὐτὴν κατενεγγύησεν.

Fabrotus. *Si mulier post mortem viri filiae suae negotia gerens, quasdam res per argentarios vendiderit, pretiumque acceperit, nec solvendo sit, argentarii non liberantur, si cum scirent, res ad puellam pertinere, pretia earum dederint: licet longo tempore mater eius negotia gesserit, eamque marito nuptum collocaverit.*

Die dagegen von Faber angeführte *L.* 198. *D. de div. Regul. iuris* gehört gar nicht hierher, wie ich schon an einem andern Orte [88] gezeigt habe.

Eine dritte Ausnahme findet Statt, wenn die Zahlung demjenigen geschehen ist, der wirklich Vormund war,

87) *Lib. XXV. Tit.* 5. *Const.* 88. Tom. IV. Fabroti p. 159. sq.

88) S. den 21. Th. dieses Commentars §. 1346. S. 25.

aber noch vor dem Empfang der Zahlung da zu seyn aufgehört hatte, und zwar aus einer Ursach, welche der Schuldner wahrscheinlich nicht wissen konnte, z. B. wegen der unterdessen eingetretenen Mündigkeit des Pupillen. Hier wird der Schuldner frey, weil ihm nichts zur Last gelegt werden kann [89]). Ein Gleiches findet endlich Viexens Statt, wenn die Obrigkeit die Handlungen des Protutors genehmiget [90]). Denn bestätiget die Obrigkeit überhaupt die Handlungen eines Protutors, so sind sie so gültig, wie die eines wahren Vormundes, zwar nicht ipso iure, aber per Praetoris tuitionem, wie Ulpian sagt [91]).

Uebrigens brauchen sich auch Dritte mit dem Protutor, wenn er Namens des Pupillen Klage erhebt, nicht einzulassen, sondern können ihm die Einrede der mangelnden Legitimation entgegensetzen.

L. 2. C. h. t. (V. 45.) Impp. Diocletian. et Maximian. AA. et CC. Marco. Non utiliter nominatus tutor, pupillorum nomine agendo, licet ex eorum persona iniunctas impleat intentiones, exceptione, *si tutor non est*, summovetur.

§. 1373. a.

Actio protutelae directa und contraria.

Die aus der Protutel entspringende Klage, welche der Pupill gegen den Protutor hat, ist die *actio protutelae*

89) *Ant.* Faber Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Pr. VIII. Illat. 31. pag. 971. Hilliger Donell. enucleat. Lib. XVI. Cap. 16. lit. L. pag. 1484. in fin. *Mich.* Grassus cit. Diss. Delibata ex mat. iuris protutor. cont. §. IX. in fin.

90) Arg. *L. 1. §. 5. D. Quod falso tut. auct.* S. Faber c. l.

91) *L. 1. §. 5. D. cit.*

directa, welche sich von der actio tutelae directa nur darin unterscheidet, daß sie zu jeder Zeit wegen der gesammten Administration erhoben werden kann, wenn auch der Mündel die Pubertät noch nicht erreicht hat. Ulpian sagt *libro XXXVI. ad Edictum* [92]):

Cum eo, qui *pro tutore* negotia gessit, etiam *ante pubertatem* agi posse, nulla dubitatio est, *quia tutor non est.*

Eben dieß bestätiget Paulus, wenn er *libro XXIV. ad Edictum* [93]) sagt: Cum curatore et *protutore* etiam *manente administratione* agi potest.

Die Klage geht übrigens darauf, daß der Beklagte wegen der Verwaltung, deren er sich unterzogen hat, eben das leiste, wozu ein wahrer Vormund verbunden ist, folglich, daß er Rechnung ablege, und dasjenige, was er von dem Vermögen des Pupillen noch in Händen hat, herausgebe, nicht minder die Zinsen vergüte, wo sie auch von einem wahren Vormund gefordert werden können, und den durch eine solche Culpa verursachten Schaden ersetze, welche er nach dem Unterschiede der oben (S. 317.) angeführten Fälle zu prästiren hat [94]).

Ist gleich die actio tutelae eine Civilklage, wie oben (S. 178. f.) bewiesen worden ist; so ist doch die protutelae actio unstreitig prätorisch. Der Prätor hielt die Einführung einer solchen Klage darum für nöthig, weil es

92) *L.* 1. §. 3. *D. h. t.*

93) *L.* 26. *D. de admin. et peric. tutor. et curator.*

94) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 2. Grassus cit. Diss. §. 4—6. und Schmidt pract. Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden. §. 1107—1111. S. 733. ff. der Martinschen Ausgabe.

oft ungewiß seyn konnte, ob derjenige, welcher die Vormundschaft über einen Unmündigen führte, wahrer Vormund sey, oder nur pro tutore gerire. Eine Ungewißheit, welche sich gar leicht daraus erklären läßt, daß bey den Römern die testamentarii und legitimi tutores keiner obrigkeitlichen Bestätigung bedurften [95]). Damit es nun dem Pupillen in keinem Falle an einer Klage fehlen möchte, so dehnte der Prätor die von ihm in seinem Edict für das iudicium tutelae proponirte Formel auf den doppelten Fall aus, es möge derjenige Tutor seyn, oder nicht seyn, welcher die Tutel verwaltet hat. Alles dieß sagt uns um Ulpian *L.* 1. *pr. D. h. t.*

Protutelae actionem necessario Praetor proposuit: nam quia plerumque incertum est, utrum quis tutor, an vero quasi tutor, pro tutore administraverit tutelam, idcirco in utrumque casum actionem scripsit, ut, *sive tutor sit*, *sive non sit*, *qui gessit*, actione tamen teneretur. Solent enim magni errores intercedere, ut discerni facile non possit, utrum quis tutor fuerit, et sic gesserit, an vero non fuerit, pro tutore tamen munere functus sit.

Daß die actio tutelae eine Civilklage, die protutelae actio aber eine prätorische ist, darf uns nicht wundern, da dieser Fall bey der Ausdehnung der Klagen durch die Jurisdiction gar nicht ungewöhnlich ist. Man erinnere sich an die der actio Legis Aquiliae nachgebildete actio in factum praetoria, ferner an die zur Ergänzung der negotiorum gestorum actio vom Prätor eingeführte actio funeraria.

95) S. *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. T. IV. ad L. 1. h. t. pag. 485.

Da nach den deutschen Reichsgesetzen alle Vormünder, auch die testamentarii und legitimi, von der Obrigkeit bestätiget werden müssen, und sich der Vormundschaft nicht eher unterziehen sollen, als bis ihnen die Verwaltung von der Obrigkeit übertragen worden ist [96]; so sollte man fast glauben, Protutoren und Procuratoren könnten heutiges Tages gar nicht mehr vorkommen. Allein so denken unsere praktischen Juristen [97] nicht. In den Reichsgesetzen ist der Protutoren freylich nicht gedacht, es sind aber doch auch die Rechts- und Verbindlichkeits-Verhältnisse derselben nicht aufgehoben. Das Römische Recht muß also in Ansehung ihrer noch jetzt als Hülfsrecht gelten, was die Protutoren und Procuratoren in Ansehung des Pflichtverbandes den wahren Tutoren und Curatoren überall gleichstehen [98]. Nach der heutigen Rechtsverfassung wird es zwar freylich wohl viel seltner ungewiß seyn, ob jemand Vormund sey, oder nicht; dennoch aber können Fälle vorkommen, wo der Vormund nur als Protutor behandelt werden kann. Z. B. die Bestätigung ist von einem incompetenten Richter geschehen, oder der competente Richter ist mit der Bestätigung säumig, und der von seiner Pflicht beseelte testamentarische Vormund will seine Pfleglinge der obrigkeitlichen Zögerung nicht Preis geben. Hier muß der nichtconfirmirte, zur Gestion voreilende

96) Vergl. den 29. Th. dieses Commentars. §. 1312.

97) S. *Jo.* Schilter Prax. iur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 185. *Sam.* Stryk Us. mod. Pandect. h. t. *Mich.* Grassus Diss. cit. §. 3. *J. H.* Bohmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 4. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentation. in Pand. P. II. h. t. §. 4. und Gensler im Archiv für die civilist. Praxis. 1. B. Nr. XXVII. S. 399.

98) *L.* 4. *D. h. t.* Grassus cit. Diss. §. 5.

Vormund wenigstens als Protutor angesehen werden [99]). Ja es kann auch selbst die obrigkeitliche Confirmation aus Irrthum geschehen seyn, z. B. es ist ein legitimus tutor confirmirt worden, und nachher findet sich der wahre testamentarische [100]). Auch bey der Mutter kann der Fall vorkommen [1]), daß sie als vermeintliche Vormünderin ihrer unmündigen Kinder handelt.

Das gesetzliche Pfandrecht hat übrigens bey dieser Klage sogut, wie bey der actio tutelae directa, Statt [2]).

Was von Protutoren gilt, gilt auch von Procuratoren. Beyde werden schon in der Rubrik dieses Titels einander gleichgestellt. Die Klage, welche der Minderjährige gegen den Procurator anstellt, wird daher von einigen [3]) utilis protutelae actio genannt. Man könnte sie aber utilis procurationis causa actio nennen. Die Gesetze [4]) nennen sie *negotiorum gestorum actio*. Das Gesuch bey dieser Klage ist das nämliche, wie bey der protutelae actio, sie hat auch, wie diese, ein gesetzliches Pfandrecht zur Folge [5]).

Der Protutor hat nun aber auch seiner Seits an

99) S. Gensler im Archiv für die civilist. Prax. 1. B. S. 399 und 401. und Mittermaier's Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 369.

100) S. Boehmer c. l.

1) Schilter c. l.

2) Huber Praelect. h. t. §. 3. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5. Grassus cit. Diss. §. VII. Gensler a. a. O. S. 399.

3) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 1.

4) *L.* 1. §. 6. *in fin. D. h. t.*

5) Grassus cit. loc.

den Mündel dieselben Ansprüche, wie der wahre Vormund. Ihm steht deswegen die *actio protutelae contraria* gegen den Pupillen zu [6]), welche auf eine ihm, wie jedem andern Vormund, gebührende Schadloshaltung in Ansehung alles desjenigen geht, was er für den Pupillen aus seinem Vermögen verwendet hat, oder was ihm etwa wegen der geführten Protutel noch sonst entgehen dürfte [7]). Seine Auslagen kann er auch sogut, wie der wahre Vormund, mit Zinsen fordern [8]). Diese Klage kann auch, wie die actio protutelae, zu jeder Zeit erhoben werden [9]).

Uebrigens gehen beyde Klagen auf die Erben über [10]).

6) *L. ult. D. h. t.* Ulpianus *libro X. ad Edictum.* Ei, qui *pro tutore* negotia gessit, *contrarium iudicium* competit. *L.* 1. §. 1. *D. de contr. tut. et utili act.* Haec actio (contraria) non solum tutori, verum etiam ei, *qui pro tutore negotia gessit*, competere debet.

7) Vorr Commentar. ad Pand. h. t. §. 3. und Schmidts angef. Lehrbuch. §. 1112—1116.

8) *L.* 3. §. 1. *D. de contr. tut. et utili act.* *L.* 19. §. 4. *D. de negot. gest.* *L.* 13. *C. de Usur.* S. *Ant.* Faber Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Pr. VIII. Illat. 24. pag. 962. sq. und Vorr c. l.

9) *L.* 1. §. 3. *D. de contr. tut. et util. act.* Sed si *pro tutore* negotia gessit, — locus erit iudicio (sc. contrario) etiam statim, quia hoc casu in ipsum quoque statim actio competit.

10) *L.* 1. §. 16. *et* 17. *D. de tutelae et rationibus distrah.* *L.* 3. §. 9. *D. de contr. tut. et ut. act.* *L.* 12. *C. Arbitr. tut.* (V. 51.) *L.* 4. *C. de hered. tutor. et curat.* (V. 54.) S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 248. S. 939. Lauterbach Colleg. cit. h. t. §. 4.

Lib. XXVII. Tit. VI.

Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur.

§. 1374.

Prätorische Rechtsmittel für den, welcher durch die Auctorität eines falschen Tutors in Schaden gesetzt worden ist. Edicte des Prätors.

Dieser Titel [11]) unterscheidet sich nun von dem vorigen darin, daß hier blos von dem Falle die Rede ist, da ein Dritter mit dem Pupillen selbst gehandelt, er habe nun mit demselben contrahirt, oder einen Proceß geführt, und ein unbefugter Vormund dabey Auctorität interponirt hat. Gerade in diesem Falle spricht das Röm. Recht nur von

11) Man vergleiche über diesen Titel vorzüglich *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 32—34. pag. 973—978. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. (*Opp.* Tom. II. pag. 577. sq.) *Jo.* Voet Comment. ad Pandect. h. t. *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. h. t. *Franc.* Duarenus Comm. ad h. Tit. (*Opp.* pag. 309.) und besonders *P. P. H. de* Dompierre *de* Jonquieres Specim. de Restitutionib. in integrum. (*Lugd. Batavor.* 1767. 8.) ad h. Tit. Pand. pag. 362—371.

einem falsus tutor, es sey nun zufällig, oder im recht eigentlichen Sinn, und es ist ganz falsch, wenn man sich darunter gerade nur einen solchen Tutor denckt, der mit Betrug umgeht. Befindet sich hier der irregeführte Dritte in gutem Glauben, welcher sich sonst mit dem Pupillen nicht eingelassen haben würde; so kommt ihm der Prätor mit einem doppelten Rechtsmittel zu Hülfe. Er verspricht ihm die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und gegen den falsus tutor, welcher arglistig Auctorität interponirte, eine Entschädigungsklage, actio in factum. Ulpian macht uns hier mit zwey Edicten bekannt, die auch schon dem Labeo bekannt waren [12]). Das erste lautet folgendermassen:

Quod eo auctore, qui tutor non fuerit, gestum esse dicetur, si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem.

Fast ganz so, wie das Edict hier dargestellt ist, hat uns solches Ulpian *L.* 1. §. 1. *et* 6. *h. t.* aufbehalten, nur die Worte: *gestum esse dicetur*, hat er nicht. Sie sind aber aus der Rubrik dieses Titels zu ergänzen. Daraus haben sie auch Wilh. Ranchinus [13]), Joh. Gottl. Heineccius [14]), und von Dompierre [15]) restituirt. Wenn aber Gerh. Noodt [16]), Joh. Ortwin We-

12) S. *L.* 2. *L.* 9. §. 1. *D. h. t.*

13) Edict. perpet. restitut. h. t. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 251.)

14) Hist. Edicti perpet. ipsiusq. restitut. (in *Opuscul. postum.* pag. 412. sq.)

15) Specim. cit. pag. 363.

16) Comm. ad Dig. h. t. §. 1. pag. 577.

Lenberg'), und Carl Wilh. Lud. von Weyhe [18]) vor gestum noch die Worte *cum pupillo* eingeschaltet haben; so erscheinen diese hier als ganz überflüssig. Denn sobald es heißt: *auctore tutore gestum;* so erhellet daraus schon von selbst, daß hier von einem solchen Falle die Rede sey, wo mit dem Pupillen selbst gehandelt worden ist. Das Edict steht übrigens hier nicht an seinem Orte. Es gehört zu den Edicten de in integrum restitutionibus, wovon im 4. Buche der Pandecten gehandelt wird, wie die Inscriptionen der Gesetze dieses Titels beweisen. Denn sie sind aus des Ulpians und Paulus *libro XII. ad Edictum.* Nun hatte Ulpian *libro XI.* von metus, dolus und minorennitas gehandelt, und *libro XII.* handelt er de capite minutis, de eo, quod falso tutore auctore gestum erit, de iusta absentia, und de clausula generali. Lib XIII. de alienatione iudicii mutandi causa facta [19]). Paulus aber handelte *libro XI. ad Edictum* von metus, dolus, minor aetas, und capitis deminutio, *Libro XII.* de absentia, falso tutore, und den übrigen Arten der Restitution [20]). Die Restitution, von welcher hier die Rede ist, ist die *ob iustum errorem*, deren *L. 2. D. de integrum restitutionib.* ausdrücklich gedacht wird. Das davon han-

17) Princip. iuris sec. ord. Digest. h. t. §. 1. (*Oper. a* Jungio *editor.* Tom. II, pag. 436.)

18) Libri tres Edicti sive libri de origine fatisq. iurispr. Rom. praesertim Edictor. Praetoris, ac de forma Edicti perpetui. (*Cellis* 1821. 4.) Tit. de in integr. restitutionib. §. 5. pag. 177.

19) S. *Car. Ferd.* Hommel, Palingenesia libror. iuris vet. Tom. III. pag 67—89.

20) Hommel. cit. Palingenes. Tom. II. pag 23—35.

Edict des Prätors, so einleuchtend auch desselben Billigkeit war, ne contrahentes decipiantur, dum falsus tutor adhibetur, wie Ulpian [21]) sagt, war dennoch sehr mangelhaft, und enthielt mehrere Fälle nicht, welche erst nachher durch die Interpretation ergänzt wurden. Es spricht zum Beyspiel nur von einem Nichtvormunde, es konnte aber auch ein wirklicher Tutor Auctorität bey einem Rechtsgeschäft des Pupillen interponirt haben, wo er nur gerade nicht auctoriren konnte. Ulpian [22]) sagt:

Verbis Edicti multa desunt: quid enim, si fuerit tutor, is tamen fuit, *qui auctoritatem accommodare non potuit*, puta furiosus, vel ad aliam regionem datus?

Hier ist also der wirkliche Tutor so anzusehen, als ob er nicht Tutor wäre. Dann konnte auch selbst ein Nichttutor auctorirt haben, und der Fall gehörte doch nicht zum Edict. Wie wenn zwey Tutoren Auctorität interponirt hätten, von denen der eine ein falsus, der andere ein verus tutor war? Hier ist gleichwohl das Geschäft gültig. Ulpian [23]) beruft sich auf Pomponius.

Sed Pomponius *libro trigesimo* scribit: interdum, quamvis a non tutore [24]) gestum est, non pertinere ad hanc partem Edicti. Quid enim, si duo tutores, alter falsus, alter verus, auctoritatem accommodaverint, nonne valebit, quod gestum est [25])?

21) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

22) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

23) *L.* 1. §. 3. *D. h. t.*

24) Die Lesart bey Haloander, quamvis a tutore gestum, ist wohl offenbar unrichtig.

25) Ulpian scheint hier eine Frage aufzuwerfen, ohne Aut-

Das Edict spricht ferner auch nur im Singular. Es konnten aber mehrere Nichttutoren bey dem Geschäft mit dem Pupillen concurrirt haben. Auch hier mußte das Edict Statt finden. Ulpian [26]) beruft sich hier wieder auf Pomponius, wenn er sagt:

Item hoc Edictum, licet singulariter scriptum sit, si tamen plures intervenerint, qui tutores non erant, tamen locum habere debere, Pomponius *libro trigesimo* scribit.

Das Edict setzt weiter den Worten nach ausdrücklich voraus, daß der Dritte, wenn ihm die Restitution zu statten kommen soll, nicht gewußt haben müsse, daß der ein falsus tutor gewesen sey, welcher Auctorität interponirte. (*Si id actor ignoravit.*) Und zwar mit Recht. Denn

wort. Allein dieß ist ein sehr gewöhnlicher Redegebrauch bey den Röm. Juristen, daß sie ihre Meinung durch eine Frage äussern, die sie aufwerfen, ohne eine bestimmte Antwort darauf folgen zu lassen, wenn die Frage nämlich, wie hier, so gefaßt ist, daß sie schon die Antwort selbst enthält. Eine Bemerkung, die auch schon an einem andern Orte (S. den 31. Th. §. 1348. Not. 8, S. 58.) gemacht worden ist, und die schon Quintilianus *de institut. orator.* Lib. IX, cap. 2. (Tom. III. pag. 385. edit. Spalding. *Lipsiae* 1808. 8. und Tom. I. pag. 770. edit. *Burmann.*) macht, wo er die Art, seine Meinung durch eine Frage zu äussern, unter die redneriſchen Figuren zählt, und sie mit vielen Beyspielen belegt. Ich habe oben ebenfalls mehrere Beyspiele aus den Pandecten angeführt. Wie gewöhnlich aber dieser Redegebrauch bey den Röm. Juristen sey, beweisen noch *L.* 10. *pr. D. de pact. L.* 4. §. 1. *D. de eo, quod certo loco. L.* 1. §. 2. *D. de Usuris.* Auch unser Titel *L.* 7. §. 1. liefert noch ein treffendes Beyspiel.

26) *L.* 1. §. 4. *D. h. t.*

wer wissentlich mit einem falsus tutor in Rechtsverhältnisse tritt, hat schon darum keine Hülfe zu erwarten, sagt Ulpian [27]), weil er sich selbst betrogen, oder an dem Betruge Theil genommen hat [28]). Schon Labeo [29]) dehnte jedoch das Edict auf den Fall aus, wenn es dem Dritten zwar gesagt worden, es sey kein wahrer Vormund vorhanden, der Dritte ihn aber dennoch in gutem Glauben dafür hielt. Diesem soll die vom Prätor versprochene Hülfe nicht versagt werden. Allein zuweilen schadet auch selbst die Wissenschaft nicht. Dahin gehört 1) wenn ein Pupill unter dem Beystande seines Tutors sich in ein Geschäft mit einem solchen Pupillen eingelassen hat, der einen falsus tutor hatte. Denn hier ist das ganze Geschäft nichtig. Ulpian [30]) sagt:

Plane si is sit, qui auxilio non indiget, scientia ei non nocet, utputa si pupillus cum pupillo egit: nam cum nihil actum sit, scientia non nocet.

Wie aber, wenn der Vormund davon Wissenschaft hatte, schadet diese dem Pupillen? Diese Frage entscheidet Paulus [31]) auf folgende Art:

Pupilli scientia computanda non est, tutoris eius computanda est. Utique et si pupillo cautum sit, melius dicetur, rem suam restitui pupillo [32]),

27) *L.* 1. §. 6. *D. h. t.*

28) *L.* 145. *D. de div. Reg. iur. L.* 34. *C. de Transact.* (II. 4.)

29) *L.* 2. *D. h. t.*

30) *L.* 3. *D. h. t.*

31) *L.* 6. *D. h. t.*

32) Mehrere Ausgaben, als die des Halsander, Baudoza, Merlin, Miräus, u. a. auch Böcking lesen restitui pu-

quam incertum cautionis eventum eum spectare [33]). Quod et Julianus, si alias circumventus sit pupillus, respondit.

Nach der Strenge des Rechts würde zwar des Vormundes Wissenschaft dem Mündel schaden, da er durch die Satisdation rem pupilli salvam fore, hinlänglich gesichert zu seyn scheint. Der Pupill sollte also eigentlich gegen seinen Tutor mit der actio tutelae, oder gegen die Bürgen actione ex stipulatu klagen. Allein besser ist es, sagt Paulus, d. h. es ist nützlicher und billiger, daß man dem Pupillen seine Sache restituire, als daß man ihn mit so ungewissem Erfolge aus der Satisdation gegen die Bürgen klagen lasse [34]). So respondirte, setzt Paulus hinzu, auch Julian, wenn sonst der Pupill in Schaden kommen würde. Dem Pupillen schadet also weder

pillo *debere*. Allein die florentinische hat den nämlichen Sinn.

33) Einige, z. B. Halvander, Baudoza, und Beck lesen eventum *exspectari*. Merlinus *eum spectari*. Allein der griechische Scholiast in den *Basilicis* Tom. V. *Fabroti* pag. 100. Sch. k. scheint die florentinische Lesart zu bestätigen. Er hat nämlich den Hauptsatz unsers Gesetzes so gefaßt: Βέλτιον γὰρ ἐστι μᾶλλον τὸ ἴδιον πρᾶγμα περισώζειν τῷ ποσπίλλῳ, καὶ εἰ ἤδεισαν οἱ ἐπίτροποι, ἤπερ εἰς τὸ ἄδηλον τῆς ἐκ τῶν ἐπιτρόπων ἀσφαλείας ἀποβλέπων τὸν πούπιλλον. i. e. *Melius est, rem suam servari pupillo, etiam si scierint tutores, quam incertum cautionis tutorum pupillum spectare.*

34) Man sehe über diese Gesetzstelle vorzüglich *Ger.* Noodt Comm. ad Digest. h. t. §. *Deinde.* pag. 578. auch Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. VII. Not. e. et d. pag. 156.

seine, noch seines Vormundes Wissenschaft, wenn ihm auch gleich der Tutor, rem salvam fore, cavirt hätte [35]). Eine eigentliche Restitution in den vorigen Stand ist hier, ausser diesem Falle, auch nicht einmal nöthig, weil das ganze Geschäft nichtig ist.

2) Auch dem Minderjährigen schadet seine Wissenschaft nicht. Diesem kommt der Prätor mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen des minderjährigen Alters zu Hülfe. Paulus sagt *libro XII. ad Edictum* [36]):

Minori viginti quinque annis succurretur, etiam si scierit.

Er wird also nicht ex hoc Edicto, sondern ex generali Edicto *de minoribus* restituirt [37]), und er kann,

35) So haben auch die *Basilica Lib. XXXVIII. Tit. 6. Const. 4.* Tom. V. Fabroti pag. 98. das Resultat unsers Gesetzes gefaßt: Τὸν ἄνηβον οὔτε ἡ ἰδία εἴδησις βλάπτει, οὔτε ἡ τοῦ ἐπιτρόπου, κἂν ἔδωκε τὴν ἀσφάλειαν ὅπερ ἐστὶ καὶ ἐπὶ τῶν ἄλλων περιγραφῶν. i. e. *Pupillo neque sua, neque tutoris scientia nocet, etiam si ei cautum sit: quod et in aliis circumventionibus locum habet.*

36) *L. 4. D. h. t.* Bey Halvander sind *L. 4.* und *L. 5.* versetzt. *L. 4.* ist die *L. 5.* und *L. 5.* die *L. 4.* Des Zusammenhangs wegen sollte auch die *L. 4.* erst nach der *L. 5.* folgen. Denn sie gehört offenbar zur *L. 6.* In der halvandrischen Ausgabe finden sich überhaupt solcher Versetzungen mehrere. Man vergleiche z. B. die *L. 14. et 15. D. de pact. L. 7. et 8. D. de Servitut. L. 6. et 7. D. de compensat. L. 32—34. D. de manumiss. testam. L. 8. et 9. D. de cust. et exhib. reor. L. 161—163. D. de Verbor. Signif.* mit der Gebauerischen und andern Ausgaben.

37) S. *Jac.* Cujacii Comment. in Lib. XII. Pauli *ad*

mit Beyseitsetzung der Klage gegen seinen Curator, sogleich die Restitution suchen [38]).

3) Schadet auch demjenigen seine Wissenschaft an der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht, welchen die Obrigkeit nöthigte, sich mit dem Pupillen in den Proceß einzulassen. Ulpian *) sagt:

Interdum tamen, et si [39]) scientia noceat, tamen restitutio facienda erit, si a Praetore compulsus eo ad iudicium accipiendum.

Ob übrigens derjenige, welcher bey dem Geschäft des Mündels Auctorität interponirte, gewußt habe, daß er nicht Tutor sey, oder sich in gutem Glauben für den rechten Tutor gehalten, ist in Absicht auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche der Prätor in diesem Edict dem Dritten versprochen hat, gleichgültig [40]).

Der Grund und Zweck dieser Restitution, die der Prätor nach diesem Edict ob iustum errorem ertheilt, besteht nun darin, daß derjenige, welcher mit einem Pupillen, ohne Auctorität und Beytritt seines wahren Vormun-

Edictum ad L. 2. D. h. t. (*Opp. postum.* a Fabrot. *editar.* Tom. II. pag. 180.) und Pothier Pand. Justin. T. II. h. t. Nr. VII. Not. a. pag. 156.

38) *L.* 3. *L.* 5. *C. Si tutor. vel curat. intervenerit.* (II. 25.)
*) *L.* 5. *D. h. t.*

39) Cujacius Observat. Lib. I. cap. 14. will, statt tamen etsi, vielmehr *tamenetsi* lesen, welches für quamvis auch bey Cicero vorkomme. Allein das doppelte tamen, mit dem Zwischensatz etsi, kommt auch *L.* 7. §. 12. *D. de S. C. Macedon.* vor, und ist eben so bey den Classikern nicht ungewöhnlich. S. Ducker ad *Florum* Lib. II. cap. 6. pag. 312.

40) S. Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 2.

des, ein Rechtsgeschäft schließt, sich zwar dem Pupillen verpflichtet, nicht aber den Pupillen sich verbindlich macht [41]). Denn da ein Unmündiger ohne Vollwort seines Vormundes zwar Rechte erwerben, aber nicht verbindlich gemacht werden kann; so besteht das Rechtsgeschäft nur von der einen Seite, nämlich von Seiten desjenigen, der mit dem Pupillen in Verbindlichkeit trat [42]). Vorzüglich gehört hierher der Fall, wenn Jemand mit einem Pupillen einen Proceß führt, ohne Beystand eines wahren Tutors. Die Proceßführung gilt nur in sofern, als für denselben wider seinen Gegner gesprochen worden ist, sonst ist sie nichtig, und für den Pupillen unverbindlich. Minoribus etenim aetas, so reseribirt Kaiser Severianus an den Sabinian [43]), in damnis subvenire, non in rebus prospere gestis obesse consuevit. War nun aber der, welcher gleichwohl auctorisirte, kein wahrer Vormund; so ist es von Seiten des Mündels eben so, als wäre mit demselben ohne Vormund gehandelt worden, weil es gleichviel ist, ob gar keine Auctorität, oder eine solche fälschlich ertheilt worden ist [44]). Hätte freylich Jemand mit einem Unmündigen ohne allen Beytritt eines Tutors contrahirt; so würde er sich die daraus entstehenden Folgen selbst zuzuschreiben haben, auf eine Restitution kann er hier keinen Anspruch machen. Wollte er sich aber mit dem Pupillen anders nicht in ein Rechts-

41) *Princ. J. de auctorit. tut.* (I. 21.) §. 9. *J. de inutil. stipulat.* (III. 19.) S. *Ant.* Faber Jurispr. Papin. c. 1. pag. 973. sqq. und Voet Comm. h. t. §. 2.

42) *L.* 13. §. 29. *D. de action. emti et vend.* (XIX. 1.)

43) *L.* 14. *C. de procurator.* (II. 13.)

44) *L.* 2. *D. de auct. et cons. tut. et curat.* Ulpianus *libro XXVII. ad Sabinum.* Nulla differentia est, non interveniat auctoritas tutoris, an perperam adhibeatur.

geschäft einlassen, als wenn ein Tutor dazu sein Vollwort gebe, hielt er auch den Tutor, welcher dem Pupillen beywar, für einen wahren Vormund; so würde es unbillig seyn, wenn er durch unverschuldeten Irrthum in Schaden gerathen, und nur er dem Pupillen, dieser aber nicht auch ihm gegenseitig verpflichtet seyn sollte. Hier ist nun der Fall, wo der Prätor dem irregeführten Dritten mit dem Rechtsmittel der Restitution zu Hülfe kommt, und zwar mit Recht, weil der Dritte sich dem Pupillen anders nicht verbindlich machen wollte, als wenn auch der Pupill ihm seiner Seits verpflichtet werde. Er verdient also von seiner Verbindlichkeit gegen den Mündel eben so, wie dieser ihm nicht verbindlich ist, befreyet zu werden, wofern nicht etwa die Obrigkeit das Geschäft zu confirmiren für gut findet. Nam; omnibus istis modis, sagt Ulpian *libro XXXIX. ad Edictum* [45]), propter tutorem decipitur is, qui contraxit, *quia aliter cum impubere contracturus non fuisset, quam si tutoris auctoritas intercessit.* — Nisi forte Praetor decrevit, ratum se habiturum id, quod his auctoribus gestum est. Tunc enim valebit per Praetoris tuitionem, non ipso iure, wie ebenfalls Ulpian *libro XII. ad Edictum* [46]) sagt:

[45]) Die Restitution, welche hier der Prätor in seinem Edict dem irrenden Dritten giebt, findet nun also gegen den Pupillen Statt, und setzt von Seiten des falsi tutoris voraus, daß er sich bona fide für den Vormund hielt. Hier haftet der Tutor zwar nicht dem Dritten, aber dem Pupillen mit der protutelae actio [47]). Wußte hingegen

45) *L.* 11. §. 2. *D. h. t.*

46) *L.* 1. §. 5. *D. h. t.*

47) S. Voet Comm. h. t. §. 2. Huber Praelect. h. t. §. 1.

der falsus tutor, daß er nicht Vormund sey, und er hat dennoch bey dem Geschäft eines Pupillen arglistig Auctorität interponirt, als ob er desselben Tutor wäre; so giebt der Prätor dem Betrogenen gegen diesen eine Klage auf Entschädigung, und die Restitution gegen den Pupillen findet hier eigentlich nicht Statt, es müßte denn etwa die Klage gegen den falsus tutor wegen Insolvenz desselben wirkungslos, oder der Betrogene ebenfalls ein Pupill seyn, welcher der Restitution, nicht wegen seiner eigenen, sondern wegen seines rechten Vormundes Wissenschaft, als welche nur allein in Betrachtung kommt, bedürfte, und dem daran gelegen ist, durch dieses Rechtsmittel lieber seine Sache wieder zu erhalten, als eine Entschädigung mittelst der prätorischen Klage von dem falsus tutor zu fordern[48]). Das mit jenem ersten in Verbindung stehende andere Edict des Prätors hat uns ebenfalls Ulpian *libro XII. ad Edictum*[49]) aufbehalten. Er sagt daselbst:

Novissime Praetor ait: *In eum, qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, iudicium dabo, ut quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnetur*[50]).

Dieses zweyte Edict setzt also 1) schlechterdings voraus, daß der falsus tutor bey dem Geschäft des Pupillen betrüglich auctorirt habe. Die bloße Wissenschaft, er sey nicht Tutor, ist hier nicht genug, es muß der dolus desselben klar erwiesen seyn[51]). Denn er könnte ja ge-

48) Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* Faber Jurispr. Papin. o. l. pag. 977. sq.

49) *L.* 7. *pr. D. h. t.*

50) S. *Ger.* Noodt Comm. h. t. §. *Alterum.*

51) *L.* 6. *C. de dolo malo.* (II. 21.)

zwungen worden seyn, Auctorität zu interponiren? Daher sagt Ulpian [52]:

Non semper tutor convenitur, nec sufficit, si sciens auctor fuit, verum ita demum, *si dolo malo auctor fuit.* Quid enim, si compulsus, aut metu, ne compelleretur, auctoritatem accommodaverit? nonne debebit esse excusatus [53]?

Eben dieser Ulpian sagt *libro XXXV. ad Edictum* [54]. Qui *dolo malo* auctoritatem accommodaverit, tenebitur hoc Edicto.

Hat Jemand auch nicht selbst Auctorität interponirt, sondern durch Betrug einen Andern verleitet, daß dieser sich für den Tutor hielt, und, auf solche Art irregeführt, auctorirte; so haftet nicht sowohl dieser, sondern jener, der ihn irreführte, für den Schaden. Die Praxis gab hier eine Klage nach dem Beyspiel der vom Prätor eingeführten. So lehrt Ulpian *libro XII. ad Edictum* [55]:

Huius actionis exemplo, Pomponius *libro trigesimo primo* scribit, dandam actionem adversus

52) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.*

53) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Alterum.* in fin. pag. 578. macht hierbey die Bemerkung: Interrogatio sine responsione facta, perinde accipienda, quasi subiecta esset responsio: ut alias saepe. Man vergleiche hier die Not. 25. S. 344. ff.

54) *L.* 11. §. 1. *D. h. t.*

55) *L.* 9. *pr. D. h. t.* Die Klage ist jedoch hier wohl nur ein utilis actio, weil die directa in factum actio nur gegen den Statt findet, qui ipse dolo auctor fuit, wie auch Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. X. Not. g. pag. 156. bemerkt hat.

eum, qui dolo malo adhibuit, ut alius auctoraretur inscius [56]).

2) Die Klage gegen den falsus tutor iſt eine actio in factum. Sie iſt zwar eine prätoriſche Delictsklage, denn ſie hat eine widerrechtliche Handlung zum Grunde. Sie iſt aber keine eigentliche Pönalklage, denn es wird damit keine Strafe verfolgt, ſondern bloß einfacher Erſatz des erlittenen Schadens gefordert. Dieß iſt es, wenn der Prätor in ſeinem Edict ſagt: iudicium dabo, *ut quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnetur.* Ulpian [57]) hat darüber folgendermaſſen commentirt:

Quod ait Praetor: *quanti ea res erit*, magis puto non poenam, sed veritatem his verbis contineri.

Da die Klage auf das volle Intereſſe geht, ſo kann

56) Wenn Dompierre *de* Jonquieres h. t. §. 7. pag. 368. dieſe Stelle ſo verſtehen will, als ob der falsus tutor durch betrügliche Ueberredung, daß er Tutor ſey, den wahren Vormund abgehalten hätte, ſeine Auctorität zu interponiren; ſo wäre wohl nicht nöthig geweſen, eine Klage *actionis praetoriae exemplo* zu geben, da ja hier der falsus tutor derſelbe iſt, welcher auctorirte, und gegen den eben der Prätor die Klage in ſeinem Edict gegeben hat. Richtiger hat dieſe Stelle der griechiſche Scholiaſt in den *Basilicis* Tom. V. pag. 101. Sch. o. erklärt: Οὐ μόνον δὲ ὁ πλαστῶς αὐθεντήσας ἐπίτροπος κατέχεται ταύτῃ τῇ ἀγωγῇ, ἀλλὰ καὶ ὁ κατὰ δόλον σπουδάσας, ἵνα ἄλλος τις ἀγνοῶν τὴν ἀλήθειαν, καὶ μὴ ὢν ἐπίτροπος, αὐθεντήσῃ ὡς ἐπίτροπος: i. e. *Non tantum, si falsus tutor auctor fiat, hac actione tenetur: sed et si dolo malo curet, ut alius non tutor ignorans auctor fiat, quasi tutor.* S. Voet Comm. h. t. §. 2.

57) *L.* 7. §. 2. *D.* . *t.*

mit derselben auch Ersatz der vergeblich verursachten Proceßkosten gefordert werden. Ulpian [58]) sagt:

Pomponius *libro trigesimo* recte scribit: etiam sumtuum in hoc iudicio rationem haberi, quos facturus est actor restitutorio agendo [59]).

Die actio in factum gehört also zu den reipersecutorischen Delictsklagen. Wäre diese Klage eine Civilklage, so würde sie auch gegen die Erben des falsus tutor auf das Ganze gerichtet werden können. Allein die prätorischen Delictsklagen haben das Eigene, daß sie zwar auf die Erben des Klägers übergehen, aber nicht gegen die Erben des zum Schadensersatz Verpflichteten erhoben werden können. Ulpian [60]) giebt uns davon folgenden Grund an:

Has in factum actiones heredibus quidem competere ceterisque successoribus, in eos vero non reddi, Labeo scribit, — *quoniam et factum puniunt, et in dolum concipiuntur* [61]).

58) *L.* 7. §. 3. *D. h. t.*

59) Der griechische Scholiast in den *Basilic.* Tom. V. Fabroti pag. 101. Sch. n. sagt: Ἐὰν τις ὡς μάτην ἐναγαγὼν διὰ τὸ ψεῦδος τοῦ ἐπιτρόπου ἐγκαλῇ αὐτῷ, καὶ εἰς τὰ ἀναλώματα καταδικάζεται αὐτῷ ὁ ἐπίτροπος, ἀμέλει ποιεῖν ὁ δικασάμενος ἤδη κινῶν ῥεστιτουρίως ἣν ἐκίνησε πρότερον ἀγωγήν. *Si quis frustra egerit ob falsum tutorem, de eo queritur, et condemnatur tutor in sumtus, quos facturus est, restitutoria actione agendo, qua egerit prius.*

60) *L.* 9. §. 1. *D. h. t.*

61) *Paniant factum* falsi tutoris, sagt Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. VIII. Not. e. pag. 156. qui dolo malo auctoritatem suam interposuit: quod factum est quaedam delicti species.

Das römische Civilrecht kannte nämlich so wenig hier, als in den übrigen Fällen, in welchen der Prätor aus widerrechtlichen Handlungen, die unter keinen bestimmteren allgemeinen Begriff, als den einer gewissenlosen Vermögensverletzung, zusammengefaßt werden können, eine actio in factum in seinem Edict giebt, eine Obligation auf Schadensersatz. Der Prätor aber verpönte den Dolus des falschen Vormundes, so wie mehrere andere widerrechtliche Handlungen gleicher Art, für welche das Civilrecht keine Klage hatte. Man sahe daher in solchen Fällen, wo der Prätor in Ermangelung des Civilrechts für widerrechtliche Handlungen, die einen dolus malus zum Grunde haben, eine actio in factum auf Schadensersatz in seinem Edict ausschrieb, diese Leistung als Strafe der widerrechtlichen Handlung an, und behandelte die prätorische Klage als eine Pönalklage[62]), welche denn

62) So wird die actio in factum praetoria ex Edicto *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*, in id, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit, ausdrücklich eine actio *poenalis* genennt, und gesagt, sie finde gegen die Erben, similesque personas nicht Statt, *nisi in id, quod ad eas pervenit.* Sed heredi, similibusque personis dabitur. *L.* 1. §. 8. *D. N vis fiat ei* etc. (XLIII. 4.) Auch von der actio in factum gegen den in possionem missus, cuius dolo possessionis causa deterior facta esse dicetur, wird *L.* 9. §. 8. *D. de rebus auct. iudic. possidend.* (XLII. 5.) gesagt: neque in heredes ceterosque successores dabitur, *quum ex delicto oriatur* PORNAEQUE NOMINE concipiatur. Und *L.* 11. *D. eodem* heißt es: HEREDI autem dabitur, *quia et rei continet persecutionem.* Ganz so heißt es auch von der *tributoria actio L.* 7. §. 2. *D. de trib. act.* (XIV. 4.) dolum malum CORRIGET domini.

aber freylich nur gegen den Thäter, nicht aber gegen den unschuldigen Erben erhoben werden konnte [63]). Hier galt die Regel, welche auch Marcellus [64]) gerade in einem solchen Falle giebt: *in poenam heres non succedit.* Voet [65]) hat daher wohl nicht Unrecht, wenn er sagt, die actio in factum gegen den falsus tutor sey von Seiten des Klägers reipersecutorisch, von Seiten des Beklagten aber pönal. Deswegen gehe sie zwar auf die Erben des Klägers über, aber gegen die Erben finde sie nicht Statt. Dieser Satz findet jedoch nach dem Röm. Rechte nur Anwendung, so lange die Klage noch gegen den Verpflichteten selbst nicht angestellt war [66]). Denn der Erbe tritt an die Stelle seines Erblassers, und muß die Sache da fortführen, wo dieser sie verlassen hatte. Das Römische Recht knüpft diesen Uebergang der Klage auf die Erben des Beklagten an den Zeitpunct der Litiscontestation [67]); nach dem heutigen Recht würde aber diese Wirkung schon im Moment der mitgetheilten Klage eintreten [68]). Ausser-

63) Man vergleiche hier vorzüglich Wilh. Francke Beyträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien. 1. Abth. (Göttingen 1828.) Nr. I. Vom Uebergange der persönlichen Klagen auf die Erben des Schuldners §. 4. und 5. S. 34—41.

64) *L.* 22. *D. de operis novi nunciat.* (XXXIX. 1.)

65) Comm. ad Pand. h. t. §. 2. Eben so *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. *Superest.* pag. 578.

66) S. Francke a. a. O. S. 42.

67) *L. un. C. Ex delictis defunctor. in quantum hered. conven.* (IV. 17.) S. den 6. Th. des Commentars §. 503. S. 195. f. und Keller über Litiscontestation. §. 20. S. 166—169.

68) *Clem.* 2. *Ut lite pendente nihil innov.* (II. 5.) Kammergerichts-Ordnung vom J. 1555. Th. 2. Tit. 9.

dem würde die Klage nach dem Röm. Rechte nur in so weit gegen die Erben Statt finden, als die Erbschaft durch die widerrechtliche Handlung des Erblassers selbst bereichert ist [69]), worauf es jedoch nach der Praxis des Canonischen Rechts jetzt nicht mehr ankommt, da in Gemäßheit derselben solche Delictsklagen, die auf Schadensersatz gehen, gegen die Erben ohne Unterschied, sie mögen durch das Delict ihres Erblassers bereichert worden seyn, oder nicht, immer in so weit erhoben werden können, als die Erbschaft hinreicht, so daß der Erbe nur nicht mit seinem eigenen Vermögen zu haften braucht, wenn des Verstorbenen Nachlaß zur Tilgung der Schulden nicht ausreicht [70]).

§. 6. S. den 6. Th. des Commentars. §. 503. S. 204. und Francke a. a. O. §. 5. S. 43. f.

69) *L. un. C. Ex delict. defunctor. L.* 4. §. 6. *L.* 5. *L.* 7. *D. de alienat. iud. mut. c. facta. L.* 7. §. 5. *L.* 8. *D. de tribut. act. L.* 1. *L.* 3. §. 5. *D. Si mensor fals. mod. dix. L.* 1. §. 48. *D. de vi. L.* 9. §. 8. *L.* 10. *D. de reb. auct. iud. possid. L.* 10. §. 25. *L.* 11. *D. Quae in fraud. creditor.*

70) S. *Gall. Aloys.* Kleinschrod Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. (*Wirceb.* 1798. 4.) §. XIV. Anderer Meinung sind zwar von Löhr Theorie der Culpa. §. 18. S. 113. und von Wening-Ingenheim im Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 1. B. I. Buch. §. 37. a. E. der 3. Aufl. Es ist auch nicht zu läugnen, daß von Seiten der Theorie gegen die Bestimmungen des Canonischen Rechts sich noch Manches mit Grund würde einwenden lassen, wie auch Francke in den Beyträgen zur Erläut. einzeln. Rechtsmaterien. 1. Abtheil. 1. Abhandl. §. 6. S. 45—47. gezeigt hat. Allein der Gerichtsgebrauch ist fest begründet, und wird als unbezweifelte Rechtsnorm be-

Als eine Delictsklage findet die actio in factum auch aus dem dolus solcher Personen Statt, quae alieno iuri subiectae sunt, und sie ist dann eine Noxalklage, wie Ulpian sagt [71]), die allgemeine Fassung der Worte macht es wahrscheinlich, was auch Anton Schulting [72]) bemerkt hat, daß dieses nicht blos auf Sclaven, sondern auch auf filiosfamilias ging. Denn erst Justinian beschränkte die Noxalklagen blos auf Sclaven [73]).

Haben mehrere dolo malo auctorirt, so haften sie zwar wegen des Dolus in solidum, hat aber einer das Ganze bezahlt, so werden die übrigen befreyt. Hätte jedoch der zuerst in Anspruch genommene nichts, oder wenigstens das Ganze nicht bezahlt, so können die übrigen nur noch auf den Rückstand belangt werden [74]).

L. 7. §. 4. *D. h. t.* Ulpian. *libro XII. ad Edictum.* Si plures sint, qui auctores fuerunt, perceptione ab uno facta, et ceteri liberantur, non electione.

L. 8. *D. h. t.* Paulus *Libro XII. ad Edictum.* Et ideo si nihil aut non totum servatum sit, in re-

folgt. S. *J. H.* Boehmer Jur. Eccles. Protestant. Tom. V. Lib. V. Tit. 17. §. 136. et 137. und den 10. Th. des Commentars §. 705. S. 387. auch Francke S. 49—51.

71) *L.* 9. §. 1. *in fin. D. h. t.*

72) Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad L. 9. §. 1. D. h. t. pag. 489.

73) §. 7. *J. de noxal. act.* (IV. 8.)

74) S. Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 2. in fin. und Heineccius Opuscul. postum. ad Tit. XXVI. Edicti perpetui de Restitut. in integr. §. IV. Not. tt. pag. 414.

liquos non denegandam in id, quod deest, actionem, SABINUS scribit.

3) Die actio in factum setzt ferner voraus, daß der Nichtvormund betrügerischer Weise bey dem Rechtsgeschäft eines Unmündigen, d. i. einer solchen Person, die nach Verschiedenheit des Geschlechts noch unter 12 oder 14 Jahren ist, Auctorität interponirt habe. Ulpian sagt *Libro XXXV. ad Edictum* [75]) ausdrücklich:

Falsus tutor, qui in contrahendo auctor *minori duodecim vel quatuordecim annis* fuerit, tenebitur in factum actione propter dolum malum, cuiuscunque conditionis fuerit, vel sui iuris, vel alieni.

Von einem fälschlich interponirten Consens bey dem Rechtsgeschäft eines Minderjährigen ist hier überall keine Rede, es findet daher auch für diesen Fall die actio in factum nicht Statt. Denn die Worte des Edicts gehen ausdrücklich nur auf den Tutor und seine Auctorität. Hier treten also die gemeinen Grundsätze von den Rechtsgeschäften der Minderjährigen ein. Der Minderjährige erwirbt Rechte, ohne sich verbindlich zu machen, eben so, als ob er ohne Curator gehandelt hätte; und gegen den falschen Curator hat im Falle des Dolus die actio de dolo malo Statt [76]).

So lange jedoch noch die tutela mulierum üblich war, bey der es auf kein unmündiges Alter ankam; galten die Edicte, von denen in diesem Titel die Rede ist,

75) *L.* 11. *pr. D. h. t.*

76) S. die schon oben angeführte Abhandlung von Neustetel in dem Archiv für die civilist. Praxis. 1. Band. S. 251 f. und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abtheil. §. 248. S. 940. und Not. 39.

auch für den Tutor einer Frauensperſon, wie ſchon Jacob Cujacius[77]) bemerkt hat. Eine Vermuthung, daß dieſe Edicte auch auf feminas puberes gegangen ſind, giebt uns Ulpian in den Worten des §. 2. der *L.* 11. *h. t.*

Sed et si quis *filiaefamilias* auctor factus sit ad contrahendum, tenetur. Idemque iuris est, si *ancillae* quis tutore auctore credidisset. Nam omnibus istis modis propter tutorem decipitur is, qui contraxit, quia aliter cum impubere contracturus non fuisset, quam si tutoris auctoritas intercessisset.

Nach dieſer Stelle Ulpians ſoll alſo auch ein ſolcher falsus tutor mit der actio in factum belangt werden können, welcher bey dem Contract einer filiafamilias, die der Contrahent für eine materfamilias hielt, oder einer Sclavin, welche er für eine freye Perſon hielt, ſeine Auctorität interponirt hat. Da eine ancilla ſo wenig, als eine filiafamilias, ein caput liberum iſt; ſo konnte weder die eine noch die andere in der Tutel ſeyn. Der Vormund iſt alſo hier unſtreitig ein falsus tutor[78]). Warum hätte aber hier Ulpian nicht vielmehr eines filiusfamilias, oder eines servus gedacht, wenn er nicht ſein Augenmerk auf die perpetua tutela gerichtet hätte, in welcher ſich noch zu Ulpians Zeiten auch feminae puberes, oder eigentlich viri potentes befanden[79])? Cujaz glaubt da-

77) Observation. Lib. XXII. cap. 20. Man ſehe auch Zimmern a. a. O.

78) Pothier. Pand. Just. Tom. II. h. t. Nr. IV. pag. 155. Falsum tutorem *intelligimus non solum pupilli, sed etiam eius, qui in tutela esse non potest.*

79) Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 1. sq.

her, diese Stelle Ulpians sey interpolirt. Ulpian habe aller Wahrscheinlichkeit nach so geschrieben:

Falsus tutor, qui in contrahendo auctor *impuberi*, *aut* FEMINAE PUBERI fuerit etc.;

wofür Tribonian die Worte *minori duodecim vel quatuordecim annis* substituirt hat. Und statt daß es nun heißt: quia aliter cum impubere contracturus non fuisset, habe Ulpian *cum impubere vel* FEMINA PUBERE gesagt [80]).

Wie wenn ein Vater seine noch nicht zwölfjährige Tochter für mannbar ausgiebt, um sie desto früher zu verheyrathen, zur Schließung der Ehe auch seine Auctorität giebt, und auf solche Art einen Mann anführt, der von ihrer Unmündigkeit nichts wußte? Hat die actio in factum auch gegen den Vater Statt? Wie wenn die Tochter

80) Dem Cujaz stimmen hierin bey *Jo. Jac.* Wissenbach Emblemat. Triboniani Cap. IV. pag 56. (edit. *Heinecc.*) wo er noch ein anderes Beyspiel, nämlich die *L.* 36. *D. de ritu nupt.* anführt, in welcher Tribonian die noch zum Theil sichtbaren Spuren der ehemals üblich gewesenen tutela femininarum perpetua vertilgt hat; *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Alterum*, pag 578. *Ant.* Schultzing Notae ad Dig. s. Pand. a perill. Smallenburg edit. eiusq. animadv. locuplet. Tom. IV. ad L. 11. §. 2. D. h. t. pag. 489. und *Car. Frid.* Walch ad Eckhardi Hermeneut. iuris Lib. I. Cap. 6. §. 247. pag. 445. in fin. und §. 237. pag. 424. auch Pothier Pand. Justin. Tom. II. Tit. de ritu nuptiar. Nr. XLII. not a. pag. 12. Doch hat nicht unerhebliche Zweifel dagegen erhoben *Jo.* Wyne in Triboniano ab emblematib. Wissenbachii liberato. Cap. IV. §. 24. pag. 314. edit. *Heinecc.*

stirbt, ehe noch die Ehemündigkeit eingetreten war, wer lucrirt hier die Dos? Von diesem besondern Falle handelt Julian *libro XXI. Digestorum.* Ulpian hat ihn excerpirt *libro XXXV. ad Edictum.* Die Stelle lautet folgendermassen.

L. 11. §. 3. *D. h. t.* JULIANUS *libro vicesimo primo Digestorum* tractat: an etiam in patrem debeat dari haec actio, qui filiam minorem duodecim annis nuptum dedit? Et magis probat, patri ignoscendum esse, qui filiam suam maturius in familiam sponsi perducere voluit: affectu enim propensiore magis, quam dolo malo id videri fecisse.

§. 4. Quodsi intra duodecim annos haec decesserit, cum haberet dotem: putat JULIANUS, si dolo malo conversatus sit is, ad quem dos pertinet, posse maritum doli mali exceptione condicentem summovere in casibus, in quibus dotem vel in totum vel in partem, si constaret matrimonium, fuerat lucraturus.

Daß die Ehe hier kein iustum matrimonium war, hat keinen Zweifel. Die Tochter wäre erst eine legitima uxor geworden, wenn sie das zwölfte Jahr in der Ehe erfüllt hätte [81]). Allein sie starb früher. Wie wenn sich der Mann hier über Verletzung beschwert, kann er gegen den Vater aus diesem Edict klagen? Nein, sagt Julian, weil man eher annehmen müsse, der Vater habe seine Tochter aus Zuneigung und Liebe zu ihr, als um den Bräutigam zu hintergehen, früher, als es hätte geschehen sollen, zu verheyrathen gesucht. Wenn also der Vater das Heyrathsgut mit der condictio causa data, causa non

81) *L. 4. D. de ritu nupt.*

secuta zurückfordert, weil iustae nuptiae nicht erfolgt sind, kann ihm die exceptio doli mali entgegengesetzt werden [82])? Eigentlich nicht, weil man hier bey dem Vater keinen dolus annehmen darf. Ein Anders wäre, wenn der Bräutigam mit dem Vater, welcher das Alter seiner Tochter absichtlich verschwieg, und den Bräutigam dadurch glauben machte, er schließe mit der Tochter ein iustum matrimonium, auf den erfolgenden Todesfall der Tochter paciscirt hätte, daß er die dos ganz oder zum Theil behalten solle. Hier ließe sich wohl ein Dolus von Seiten des Vaters nicht bezweifeln. Der Mann wird also zu Folge des Vertrags das Heyrathsgut der Tochter lucriren eben so, als ob er mit ihr in gesetzmäßiger Ehe gelebt hätte. Wollte hier der Vater das Heyrathsgut der Tochter condiciren, so würde ihm die exceptio doli mali mit Recht entgegengesetzt werden können [83]).

4) Die actio in factum giebt der Prätor nicht nur demjenigen, welcher durch den dolus des falschen Vormundes verletzt worden ist, sondern sie steht auch den Erben, und übrigen Nachfolgern desselben zu, wie Ulpian in einer schon oben vorgekommenen Stelle [84]) sagt. Kann auch der Pupill sie anstellen? Ulpian sagt *libro I. Responsorum*, woraus die *L. ult. h. t.* genommen ist.

Ex eo, quod interrogatus, tutorem se esse respondisset, nulla eum actione teneri. Si tamen,

82) *L.* 8. *D. de condict. causa data causa non sec.* (XII. 4.)

83) S. *Jac.* Cujacii Comment. in Lib. XXI. Digestor. Salvii Juliani ad L. penult. §. penult. et ult. quod falso tut. auct. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 146. sq.)

84) *L.* 9. §. 1. *D. h. t.*

cum tutor non esset, responso suo in aliquam captionem adolescentem induxisset, *utilem actionem* adversus eum dandam.

Daß das falsche Vorgeben, man sey Vormund eines Pupillen, wenn es auch auf eine darauf sich beziehende Frage vor Gericht geschehen wäre, wie die Glosse hier den Fall darstellt, an sich die actio in factum gegen den Befragten nicht begründen könne, ist ausser Zweifel. Denn diese Klage setzt ja eine gewissenlose Vermögensverletzung voraus. Auch nicht einmal eine actio interrogatoria würde dadurch begründet werden, weil diese, als eine actio adiectitiae qualitatis, immer das Daseyn einer andern Hauptklage voraussetzt, welche der Befragte dadurch auf sich ladet [85]). Wäre jedoch der Pupill durch die falsche Antwort des Befragten wirklich in Schaden gebracht worden, weil es z. B. dadurch geschahe, daß der wahre Vormund, den der Pupill mit Wirkung hätte belangen können, wenn er nicht durch die falsche Antwort des Betrügers wäre hintergangen worden, nachher insolvent geworden ist; so kann sich der Pupill, zwar nicht der actio directa, als welche nur dem Dritten zusteht, der durch die Auctorität eines falsi tutoris verletzt worden,

85) *L.* 13. *pr. D. de interrogat. in iure fac.* S. den 11. Th. dieses Commentars §. 745. S. 267. f. Diese Bemerkung macht auch der griechische Scholiast in den *Basilic.* Tom. V. Fabroti pag. 102. Sch. u. Τότε γὰρ πλαστῶς τις καταδέμενος ἐνέχεται, ὅταν ἀπὸ τῆς αἰτίας ἐξ ἧς ἠρωτήθη, ἀγωγὴ κατά τινος ἁρμόζῃ, ἢ τὴν καθ' ἑτέρου εἰς ἑαυτὸν μεταφέρῃ. i. e. *Tunc enim is, qui falso confitetur, obligatur, cum ex causa, de qua interrogatur, actio adversus aliquem competebat, quae ab alio in eum transfertur.*

der aber hier nicht vorhanden ist, wohl aber der actio utilis bedienen, um Schadloshaltung von dem Betrüger zu fordern [86]).

5) Die actio in factum ist auf die kurze Dauer eines Jahres beschränkt [87]), wie fast alle übrige Klagen, die der Prätor aus solchen unerlaubten Handlungen giebt, wofür das Civilrecht keine Klagen hat [88]).

6) Der Gebrauch dieser Rechtsmittel mag wohl freylich heut zu Tage selten seyn, aber er läßt sich doch nicht bezweifeln [89]).

7) Die Meinung des Cujaz [90]), daß die restitu-

86) Man vergleiche über diese Stelle *Ant.* Faber Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 33. pag. 978. und Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. X. Not. h. pag. 156.

87) *L.* 9. §. 1. *D. h. t.* — nec in ipsum *post annum.*

88) Man sehe das Verzeichniß dieser prätorischen Delictsklagen in Unterholzners Verjährungslehre. 2. B. §. 281.

89) S. *Sam.* Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 2. Huber Praelect. ad Pand. h. t. in fin. und Schmidts pract. Lehrb. von gerichtl. Klagen und Einreden. §. 1117 — 1121. Man vergleiche jedoch, soviel den heutigen Gebrauch der vom Prätor in seinem Edict dem irregeführten Dritten gegen den Pupillen versprochenen Restitution betrifft, Francke's Beyträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien. 1. Abth. 3. Abh. über den Umfang der in integr. restitutio wegen Abwesenheit und Irrthums. §. 4. S. 84 — 89.

90) S. Desselben Comment. in Libr. XII. Pauli ad Edictum ad L. 2. D. Quod falso tut. (Opp. post. Tom. II. p. 179.)

tio in integrum mittelſt der actio in factum geſucht und erhalten werden müſſe, zeugt von einer offenbaren Verwirrung dieſer an ſich ganz verſchiedenen Rechtsmittel, die doch der Prätor in ſeinen Edicten ſo deutlich unterſchieden hat [91]).

91) S. Dompierre *de* Jonquieres h. t. §. 2. pag. 363.

Lib. XXVII. Tit. VII.

De fideiussoribus, et nominatoribus, et heredibus tutorum et curatorum.

§. 1375.

Die selbst nicht Vormünder sind, aber doch statt des Vormunds haften, sind 1) die Erben des Vormundes.

Ausser dem Vormund kann sich die Verbindlichkeit desselben auch noch auf andere Personen erstrecken, die statt seiner haften müssen [92]). Dahin gehören

I) die Erben des Vormundes, welche jedoch, wenn das iudicium tutelae gegen sie gerichtet wird, nur für ihres Erblassers culpa lata haften dürfen, wenn nicht der Proceß gegen den Vormund selbst schon anhängig war.

92) Man sehe über diesen Titel vorzüglich *Ant.* Fabri Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Pr. VIII. Illat. 37—45. pag. 980 — 1001. *Jo.* Voet Comment. ad Pand. h. t. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. (*Opp.* Tom. II. pag. 579—581.

Davon ist aber schon an einem andern Orte[93]) ausführlich gehandelt worden. Hier ist nur noch die Frage übrig, in wie fern die Erben eines Vormundes aus eigner Culpa haften? Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind auch hier getheilt. Die älteren stellen den Grundsatz auf, da die Erben selbst nicht Vormünder sind, so dürfen sie, wenn sie die von ihrem Erblasser angefangenen Geschäfte liegen ließen, die sie hätten vollenden sollen, vorausgesetzt, daß sie die dazu erforderliche Kenntniß und Fähigkeit hatten, oder die Verwaltung der Vormundschaft freywillig fortsetzten, nur für dolus und lata culpa haften[94]). Nur in so weit finde gegen sie aus ihren eigenen Handlungen, die actio tutelae Statt. In so weit sey auch gegen sie das iusiurandum in litem zulässig. Die Gesetzstellen, welche für diese Meinung angeführt werden, sind folgende.

L. 1. *D. h. t.* Pomponius *libro XVII. ad Sabinum.* Quamvis heres tutoris tutor non est, tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt, per here-

93) S. den 30. Th. dieses Commentars §. 1333. b—d. S. 269—300. Die von mir oben S. 289 ff. widerlegte Erklärung des H. Prof. Hasse von der *L.* 1. *C. de heredib. tutor.* ist aus gleichen Gründen auch von dem Prof. D. Francke in den angef. Beyträgen zur Erläut. einzeln. Rechtsmaterien. 1. Abth. 1. Abh. §. 3. S. 12—15. widerlegt worden. Wir trafen hier auf einem Wege zusammen, ob wir uns gleich einander nicht kannten.

94) S. *Just.* Mejer Colleg. argentorat. Tom. II. h. t. §. 14. *Paul.* Montanus de iure tutelar. et curat. Cap. XXXIX. nr. 50. et 88. Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. *Just. Henn.* Boehmer Iur. Dig. h. t. §. 4. und *Jo. Ortw.* Westenberg Princ. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 5.

dem, si legitimae aetatis, et masculus sit, explicari debent, *in quibus dolus eius admitti potest.* §. 1. Quod penes tutorem fuit, heres quoque eius reddere debet. Quod apud pupillum is reliquerit, si heres capit, non quidem crimine caret, sed extra tutelam est, et utili actione hoc reddere compellitur.

L. 4. D. h. t. Ulpianus *libro XXXVI. ad Edictum.* Quum ostendimus, heredem quoque tutelae iudicio posse conveniri, videndum, an etiam proprius eius dolus, vel *propria administratio* veniat in iudicium? Et exstat Servii sententia existimantis, *si post mortem tutoris heres eius negotia pupilli gerere perseveraverit*, aut in arca tutoris pupilli pecuniam invenerit et consumserit, vel eam pecuniam, quam tutor stipulatus fuerat, exegerit, tutelae iudicio eum teneri suo nomine. *Nam cum permittatur adversus heredem ex proprio dolo iurari in litem, apparet, eum iudicio tutelae teneri ex dolo proprio.*

Daß der Erbe des Vormundes für sich selbst und bey fortgesetzter Administration für culpa levis nicht hafte, sage Ulpian [95]) ausdrücklich:

Negligentia [96]) *plane propria heredi non imputabitur.*

Die neuern Rechtsgelehrten [97]) hingegen pflegen einen

95) *L. 4. §. 1. D. h. t.*

96) Daß das Wort *negligentia* dem dolus entgegengesetzt werde, und culpa levis bezeichne, erhellet aus *L. 72. D. pro socio. L. 4. D. de magistrat. conven.* und *L. ult. Cod. de suspect. tutor.*

97) *Frid. Gottl.* Zoller Diss. de culpa ab heredibus tutorum curatorumve tam ex facto tutoris, quam ex facto

Unterschied zu machen; bey solchen Geschäften, sagen sie, welche der verstorbene Vormund angefangen hat, und der Erbe nicht liegen lassen darf, sondern zu vollenden verpflichtet ist, hafte der Erbe nur für dolus und lata culpa; bey freywillig fortgesetzter Administration aber auch für levis culpa. Der Beweis für diesen letzten Satz wird daher genommen, weil die dreyfache Klage, welche hier gegen die Erben Statt finde, nämlich die negotiorum gestorum actio, die actio protutelae, und actio tutelae auf levis culpae praestatio gehe. Für die erste wird angeführt, daß es in der *L.* 20. *Cod. de negotiis gest.* (II. 19.) ausdrücklich heiße:

Super his quidem, quae nec tutor, nec curator constitutus, ultro quis administravit, *cum non tantum dolum, et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat:* a te conveniri potest, etc.

Daß aber die negotiorum gestorum actio eben so gegen die Erben, wie gegen den Erblasser, Statt finde, lehre die *L.* 6. *C. eodem.* Für die protutelae actio wird angeführt, daß der Begriff eines Protutors, so wie er *L.* 1. §. 1. *D. De eo, qui pro tutore* gegeben wird, auch auf die Erben eines Vormundes passe, welche freywillig die Administration der Tutel fortgesetzt haben. Nun sage *L.* 4. *h. t.* ausdrücklich, der Protutor müsse

proprio conventis praestanda. *Lips.* 1779. § XIX. — §. XXIII. *Christ. Gail.* Weban Doctr. iuris explicatrix principior. et causar. damni praestandi. Cap. IV. §. 41. in fin. Christph. Christ. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts 3. Th. §. 296. Ad. Diet. Weber Erläut. d. Pand. 2. Th. §. 1375. und Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 249. S. 941. ff. Dieser Meinung ist auch Hellfeld.

eandem fidem et diligentiam praestitus, wie ein wahrer Vormund. Eben so die actio tutelae, welche sogar in unserm Titel *L.* 4. *pr.* gegen die Erben des Vormundes ex propria administratione ausdrücklich genannt wird.

Diese Beweise sind allerdings wichtig, sie lassen aber dennoch manchen erheblichen Zweifel übrig. Daß Ulpian in der *L.* 4. *h. t.* von einer freywillig fortgesetzten Administration der Tutel nach dem Tode des Vormundes spreche, scheint keinem Zweifel unterworfen zu seyn. Denn von der Vollendung solcher Geschäfte, die der Vormund bereits angefangen hatte, und der Erbe nicht liegen lassen darf, war schon *L.* 1. *h. t.* die Rede. Von dieser unterscheidet Ulpian *L.* 4. die propria administratio ausdrücklich, worunter auch schon die Glosse des Accursius eine solche versteht, quae non connexa est cum eo, quod defunctus inchoavit, und wirft bey dieser die Frage auf, in wiefern dieselbe ein Gegenstand der actio tutelae sey? Wie konnte also hier die Frage noch einmal davon seyn, was Pomponius schon *L.* 1. bestimmt entschieden hatte? Es ist hierbey sehr merkwürdig, daß Pomponius *libro XVII. ad Sabinum* auch von den Erben eines verstorbenen Socii spricht. Diese stehen insofern, sagt er, den Erben eines verstorbenen Vormundes gleich, daß sie auch die von ihrem Erblasser angefangenen Societätsgeschäfte zu Stande bringen müssen, und dabey nur dolum praestiren. Es heißt nämlich in der aus demselben Buche des Pomponius genommenen *L.* 40. *D. pro Socio*:

Heres socii quamvis socius non est, tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debent: in quibus dolus eius admitti potest.

Im übrigen sind die Erben eines Tutors und eines Socius von einander ganz verschieden. Denn letztere müssen dieselbe Culpa prästiren, wie ihr Erblasser [98]), von den Erben des Vormundes lehrt nun aber Ulpian in unserm Titel gerade das Gegentheil. Noch mehr aber überzeugen uns die vom Ulpian angeführten Beyspiele, daß hier von einer freywillig von den Erben fortgesetzten Administration der Vormundschaft die Rede sey. Daß hier die Erben des Vormundes auch nur für den dolus hasten, beweist er dadurch, weil auch ex dolo proprio das iusiurandum in litem gegen sie Statt finde, und nun sagt er ganz bestimmt:

Negligentia plane propria heredi non imputabitur.

Von der Nachsicht, welche die Gesetze den Erben des Vormundes, sofern sie die Verwaltung freywillig fortsetzen, angedeihen lassen, zeugen auch die folgenden Worte §. 2.

Usuras quoque eius pecuniae, quam pupillarem agitavit, praestare debet heres tutoris: quantas autem, et cuius temporis usuras praestare debeat, *ex bono et aequo constitui ab iudice oportet.*

Also auch in Ansehung der Pupillarzinsen sollen nicht die gemeinen Bestimmungen der Gesetze eintreten; sondern der Richter soll deren Vergütung nach der Billigkeit bestimmen. Daher sagt Anton Faber [99]), in Absicht auf culpae praestatio sey der Erbe des Vormundes, wenn er gerirt, melioris conditionis, als der Vormund selbst. Da jedoch die Frage, welche Ulpian hier entscheidet, dahin geht, wie weit die actio tutelae

98) *L.* 35. *et* 36. *D. Pro Socio.*

99) Jurispr. Papin. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 37 in fin. pag. 981.

gegen die Erben aus der fortgesetzten Administration Statt finde; so kann wohl hier von keinen andern Handlungen derselben die Rede seyn, als welche mit der geführten Vormundschaftsverwaltung connex sind [100]).

Es entsteht noch die Frage, wie die Erben eines Protutors haften? Paulus *libro IX. Responsorum* [1]) beantwortet diese Frage folgendermassen.

Heredes eius [2]), qui *non iure* tutor vel curator datus, administrationi se non immiscuit, dolum et culpam praestare non debere.

Man hat hieraus folgern wollen, die Erben eines Protutors könnten nicht einmal propter dolum und culpam latam desselben in Anspruch genommen werden [3]). Allein das Gesetz hat diesen Sinn nicht. Es ist hier von einem Falle die Rede, in welchem gar keine Verbindlichkeit, auch nicht einmal auf Seite des Erblassers, vorhanden war. Der Tutor, oder Curator, von dessen Erben

100) Unter den neuern Rechtsgelehrten scheinen jedoch der ältern Meinung beyzustimmen Malblanc Princ. iur. Rom. Part. ult. §. 681. Zauner Jur. Dig. P. I. Lib. II. Tit. 19. §. 1. und Hofeland Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B. §. 1621.

1) *L. 8. pr. D. h. t.*

2) In den *Basilic. Lib. XXXVIII. Tit. 7. Const.* 8. Tom. V. Fabroti pag. 104. heißt es: Οἱ ἐγγυηταὶ καὶ οἱ κληρονόμοι τοῦ μὴ κατὰ νόμον δοθέντος ἐπιτρόπου, καὶ μὴ διοικήσαντος, οὐκ ἐνέχονται ἀπὸ δόλου αὐτοῦ ἢ ῥαθυμίας. i. e. *Fideiussores et heredes eius, qui non iure datus tutor non administravit, dolum et culpam non praestant.*

3) Man sehe z. B. Dabelow's Handb. des Pand. Rechts. 3. Th. §. 296. S. 537.

hier die Rede ist, war *non iure* datus. Man denke sich den Fall, der Vater habe einen Curator im Testament, oder seinem emancipirten Sohne einen tutor bestellt. Es ist auch weder eine Confirmation erfolgt, noch hat sich der Tutor oder Curator immiscirt. Es ist natürlich, daß hier auch der Erbe weder für dolus noch culpa verantwortlich seyn konnte. Denn es war hier wirklich gar kein Tutor vorhanden. Der als solcher im Testament ernannte war also auch nicht schuldig, sich der Administration zu unterziehen. Die Unterlassung konnte ihm demnach weder als Dolus, noch als Culpa zugerechnet werden [4]). Wie aber, wenn er sich wirklich immiscirt hätte? Der Schluß würde hier sehr fehlerhaft seyn, wenn man per argumentum a contrario daraus folgern wollte, daß der Erbe nun für dolus und culpa, eben so, wie der Protutor, haften müsse. Es würde also hier blos darauf ankommen, ob der Protutor in einem entschuldbaren Irrthume befangen war, oder, wohl wissend, daß er kein rechtmäßiger Tutor sey, sich in die Administration eingemischt habe. Da in dem ersten Falle der Protutor in Hinsicht der praestatio culpae dem Tutor gleichsteht [5]); so wird auch wohl dem Erben desselben die Wohlthat der Erben eines wahren Vormundes nicht zu versagen seyn; dahingegen in dem letzten Falle, der Erbe, wie der Erblasser, der hier als ein sich aufdringender negotiorum

4) *L.* 1. *C. de testam. tut. L.* 13. §. 12. *D. de excusat.* S. *Jac.* Cujacii Comment. in Lib X. Responsor. Julii Pauli ad L. ult. pr. D. h. t. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 55.) wo er auch die Lesart der Basiliken billiget.

5) *L.* 4. *D. de eo, qui pro tutore.*

gestor erscheint, für omnis culpa haften muß [6]). Was übrigens Paulus §. 1. noch von der Wirkung der Litis-contestation sagt, wenn das iudicium tutelae schon beym Leben des Vormundes gegen denselben erhoben worden ist, und was dieselbe für einen Einfluß auf die Erben des Vormundes habe, ist schon an einem andern Orte [7]) erklärt worden.

§. 1376.

2) Bürgen des Vormundes. In wiefern haften sie?

Ist der Vormund, so wie desselben Erben insolvent befunden worden, und daher den Pupillen zu entschädigen ausser Stande; so können nun die Bürgen in Anspruch genommen werden, welche, wie Papinian [8]) sagt, ex persona tutorum haften. Es entsteht also die Frage, in wiefern die Bürgen haften? Hier ist nun vor allen Dingen das Recht, welches zur Zeit der classischen Juristen galt, von den Bestimmungen des Justinianeischen Rechts genau zu unterscheiden. Nach dem classischen Rechte hatte der Pflegbefohlne die freye Wahl, ob er zuerst den Vormund, oder die Bürgen, oder beyde zugleich, zwar nicht in solidum, sondern jeden auf einen Theil des Ersatzes dessen, was er aus der Verwaltung der Vormundschaft zu fordern hatte, belangen wollte [9]). Ausser den

6) S. Hasse Culpa des Römischen Rechts. §. 72. S. 344. f. Not. a.

7) S. den 30. Th. §. 1533. b. S. 273. f.

8) *L.* 6. *in fin. D. h. t.*

9) *L.* 13. §. 4. *in fin. D. de pignor. et hypoth. L.* 3. §. *ult. D. de duob. reis.* (XLV. 2.) S. *Ant.* Faber Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Prine. VIII. Illat. 4a. pag. 984.

unten angeführten Pandectenstellen gehört besonders hieher die Constitution des Kaisers Alexander *L. 1. C. de fideiussor. tutor. vel curator.* (V. 57.)

Eligere debes, utrum cum ipsis tutoribus vel curatoribus, seu heredibus eorum, an cum his, qui pro ipsis se obligaverunt, agere debeas, vel, si ita malis, dividere actionem. *Nam in solidum et cum reo et cum fideiussoribus agi iure non potest.* PP. x. Kal. Febr. *Juliano II. et Crispino* Conss. 225.

Jedoch wurden durch Belangung des Vormundes die Bürgen frey, und eben so umgekehrt. Electo reo principali, sagt Paulus[10], fideiussor, vel heres eius liberatur. Es war dieß eine Folge der Litiscontestation, wodurch nach dem classischen Röm. Rechte die in iudicium deducirte Klage dergestalt consumirt wurde, daß sie nachher nicht weiter mit Erfolg angestellt werden konnte[11]. Dasselbe Verhältniß, wie zwischen Hauptschuldner und Bürgen, fand nun auch zwischen mehreren Mitbürgen selbst Statt. Waren diese Sponsores oder Fidepromis-

10) *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 17. §. 16. Zum Theil anderer Meinung sind zwar *Em.* Merillius Observation. Lib. VIII. Cap. 9. und *Ant.* Schultingh in Jurispr. vet. Antejust. ad h. loc. Pauli cit. not. 47. pag. 297. Allein man sehe Keller über Litiscontestation und Urtheil, §. 5a. S. 435 ff.

11) Gaius *Institt. Comm. III.* §. 180 *et* 181. und *Comm. IV.* §. 106—108. S. Keller angef. Schrift §. 8. S. 82. ff. In einer Stelle des Cicero *ad Atticum* Lib. XVI. Ep. 15. (S. Keller S. 463—479.) und der *L.* 28. *C. de fideiussor.* (VIII. 41.) welche nachher zur Sprache kommen wird, wird die Befreyung des Bürgen ausdrücklich als Folge der Litiscontestation bezeichnet.

notes, so hatte zwar der Creditor von einer gegenseitigen Consumtion nichts zu befürchten. Denn da zwischen ihnen die Obligation ipso iure getheilt war [12]), so konnte die Klage gegen einen Jeden immer nur auf eine pars virilis gerichtet werden, nur diese ward mithin in iudicium deducirt, und consumirt. Wegen der übrigen Theile blieb dem Creditor die Klage gegen die Mitbürgen unbenommen. Allein ganz anders verhielt sich die Sache bey mehreren Fidejussoren. Von diesen haftet jeder ipso iure in solidum [13]), hier wurden also durch die Belangung des einen die übrigen frey [14]), wofern nicht der in Anspruch genommene sich der Hadrianischen Rechtswohlthat bediente, daß der Creditor nicht mehr von ihm verlangen konnte, als sein Theil beträgt, wenn man das Ganze unter die zur Zeit der Litis-Contestation solventen Bürgen vertheilt [15]); oder bey Errichtung der Fidejussion ausdrücklich war stipulirt worden, *solidum aut partem virilem fide tua esse iubes?* Hier mußte denn auch gleich Anfangs unter mehrere Fidejussoren die Klage getheilt, und jeder konnte nur auf seine virilis pars belangt werden [16]).

Um diese nachtheilige Wirkung der Consumtion abzuwenden, gab es mancherley Mittel. Der Gläubiger, und hier der Pflegbefohlne, konnte sich 1) damit helfen, daß er alle Fidejussoren zugleich, und auch wohl mit ihnen den Schuldner selbst, oder hier den Vormund, be-

12) Gaius *Comm. III.* §. 121. *et* 122. *Comm. IV.* §. 22. S. Keller §. 52. S. 436. Not. 1.

13) *L.* 26. *D. de fideiuss.* S. Keller §. 66. S. 567. folg.

14) *L.* 28. *C. de fideiuss.*

15) *L.* 27. *pr. L.* 28. *D. eodem.*

16) *L.* 51. *pr. D. eodem.*

langte 17). Daß dieses wirklich zu geschehen pflegte, beweißt die *L.* 6. *D. h. t.* Sie ist aus Papinians *libro II. Responsorum*, und lautet folgendermassen.

Pupillus *contra tutores eorumque fideiussores* iudicem accepit iudice defuncto prius, quam ad eum iretur, contra solos fideiussores alter iudex datus est. Officio cognoscentis conveniet, si tutores solvendo sint, et administratio non dispar, sed communis fuerit, *portionum virilium admittere rationem ex persona tutorum.*

Ein Pupill hatte mehrere Vormünder, von denen jeder einen Bürgen, rem pupilli salvam fore, gestellt hatte. Nach Endigung der Tutel klagt der Pupill gegen die Vormünder und deren Bürgen zugleich, und erhält für diesen Proceß vom Prätor einen Judex. Daß nach dem classischen Rechte die Klage auf solche Art zwischen dem Schuldner und Bürgen getheilt werden konnte, ist bereits bemerkt worden. Allein der Judex starb, ehe noch die Partheyen vor ihm erschienen waren. Es mußte also an seiner Stelle ein anderer Judex den Partheyen gegeben werden, qui negotium examinet, ne huiusmodi casu interveniente, impedimentum aliquod in persequenda lite afferreretur, wie es in einer hierher gehörigen Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian [18]) heißt. Dieser andere Judex wurde aber dem Pupillen jetzt gegen die Bürgen allein gegeben. Dieß zeugt also von einer vorgegangenen Aenderung der Klage. Diese Aenderung, meint Cujaz [19]), habe dem Pupillen

17) S. Keller § 66. S. 570.

18) *L.* 4. *C. de pedaneis iudicib.* (III. 3.)

19) Commentar. in Libr. II. Responsor. Papiniani ad h. L. 6. (*Opp. postum. a* Fabrozo *editor.* Tom. I. p. 80.)

noch freygestanden, weil der erste Juder gestorben sey, ehe noch lis contestirt war. Dieses beruht aber wohl auf einer falschen Voraussetzung, als ob die Litiscontestation in iudicio, also erst vor dem iudex pedaneus geschehen sey, wie auch Cujacius[20]) wirklich behauptete. Daß aber die Litiscontestation vielmehr dem Verfahren in iure, also der Anordnung des künftigen iudicium vor dem Prätor, so lang es in der Römischen Proceß-Form eine Trennung von ius und iudicium gab, angehört habe, wird nun wohl nach der trefflichen Erörterung von Keller[21]) Niemand mehr bezweifeln. Die Bestellung des Juder konnte also immer erst nach der Litiscontestation, ordinato iudicio, geschehen[22]). Die Bürgen hätten demnach der neuen Klage die *exceptio rei in iudicium deductae* entgegensetzen können, welche zur Zeit des classischen Rechts gerade in einem solchen Falle Statt hatte, wo eine actio, über welche schon lis contestirt, aber noch nicht judicirt war, von neuem in iure gefordert wurde[23]).

20) Observat. Lib. IX. cap. 23.

21) Ueber Litiscontestation und Urtheil. §. 2—5.

22) S. meine Opuscul. iurid. Fasc. II. pag. 389—398.

23) *L. 5. D. de except. rei iudic.* (XLIV. 2.) Der Name der *exceptio rei in iudicium deductae* findet sich zwar in dieser Stelle so wenig, als in einer andern Pandectenstelle, weil diese Exception seit Aufhebung des alten ordo iudiciorum keine rechte Bedeutung, und vollends zu Justinians Zeiten gar kein Interesse mehr hatte. Allein daß diese Stelle in ihrem ursprünglichen Bestand und Zusammenhange von dieser Exception gehandelt haben müsse, lehren die letzten Worte: *Caeterum cum quis* ACTIONEM MUTET *et experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis, quam instituit, videtur*

Denn indem nun die Bürgen allein in Anspruch genommen wurden, ward dieselbe Rechtssache nach der Litiscontestation, aber noch vor angefangenem iudicium, mit einer andern Klage, actione ex stipulatu, von vorne an wieder eingeleitet. Eine solche Aenderung der Klage, und Bestellung eines andern iudex für dieselbe, konnte also wohl nur durch eine in integrum restitutio bewirkt werden, wie auch Gerh. Noodt [24]) ganz richtig bemerkt. Diese fand nun aber auch hier um so weniger Bedenken, da der Kläger ein Minderjähriger war, die restitutio in integrum aber für Proceßhandlungen, wie für andere Rechtsgeschäfte, galt [25]). Nun entstand jedoch die Frage, in welchen Theil jeder der Bürgen zu verurtheilen sey? Kann einer in das Ganze verurtheilt werden, wenn etwa die übrigen, die zur Zeit der Litiscontestation noch solvent waren, zur Zeit der res iudicata insolvent seyn sollten? Papinian respondirt, daß die Bürgen auf eben die Art zu verurtheilen, wie die Tutoren, wenn diese wären belangt worden, weil sie ex persona tutorum haften. Gleichwie nun also die Klage unter die mehreren Tutoren bey ungetheilter und ganz gleicher Verwaltung, sofern sie zur Zeit der Litiscontestation alle solvent waren, hätte getheilt werden müssen, pro virilibus portionibus [26]); so wird nun auch der iudex datus das nämliche Verhältniß bey der

DE EADEM RE *agere*. S. Keller über Litis Contestation §. 11. S. 109. f.

24) Comm. ad Dig. h. t. §. *Ne igitur*. (*Opp.* Tom. II. pag 580.) und Tit. *de Edendo II.* 13. §. *Superst.* pag. 68.

25) *L.* 7. §. 4. *D. de Minorib.* (IV. 4.) S. Keller §. 65. S. 561. Not. 1.

26) *L.* 1. §. 10. *et* 11. *D. de tut. et ration. distr.*

Vertheilung der Fidejussoren zu beobachten haben. Die Frage, wie mehrere Fidejussoren haften, wird jedoch nachher noch zur besondern Erörterung kommen. Wir reden hier nur noch von den Mitteln, wodurch man die nach dem classischen Röm. Rechte durch die Litiscontestation entstandene nachtheilige Wirkung der Consumtion beym Schuldner und Bürgen zu vermeiden suchte. Dahin gehörte denn auch 2) der Vertrag, den die Bürgen mit dem Gläubiger eingehen konnten, daß er den Hauptschuldner zuerst belangen sollte, und sie nur für dasjenige haften wollten, was von dem Hauptschuldner nicht zu erhalten gewesen wäre. Auch davon giebt uns unser Titel ein Beyspiel aus Papinian.

L. 7. D. h. t. Papinianus *libro III. Responsorum.* Si fideiussores, qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adolescens ut ante conveniret, petierunt [27]), atque ideo stipulanti promiserunt se reddituros, quod ab eo servari non potuisset: placuit inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividi, quod onus fideiussorum susceptum videretur. Nam et si mandato plurium pecunia credatur, aeque dividitur actio: si enim, quod est datum pro alio, solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludat?

Die practische Wirkung einer solchen Stipulation war also verschieden. 1) Die Bürgen erlangten dadurch nicht nur ein wahres vertragsmäßiges beneficium excussionis, sondern auch ein vertragsmäßiges beneficium divisionis,

27) Die florentinischen Pandecten lesen zwar *petierant*. Allein der Lesart petierunt, welche auch Halsander, Baudoza, Miräus, Merlinus u. m. a. haben, giebt Brenkman in der Gebauerischen Ausgabe mit Recht den Vorzug.

wenn sie noch alle zur Zeit der Litiscontestation lebten waren, welches sonst den Bürgen eines Vormundes nicht zusteht, wie unten zur Sprache kommen wird. Papinian giebt hiervon den Grund an, *quod onus fideiussorum susceptum videretur*: welches Cujacius [28]) so erklärt: durch die Stipulation mit den Bürgen, sie wollten für so viel gut stehen, *quanto minus a tutore consecutus fuerit pupillus*, habe der Pupill stillschweigend die Last übernommen, die sonst die Mitbürgen treffen würde, für einander zu haften; indem nun, wenn etwa einer derselben zur Zeit der res iudicata nicht solvent seyn sollte, diese Insolvenz des einen Bürgen nicht den übrigen Mitbürgen, sondern dem Pupillen allein zur Last falle. Zwar seyen hier die Fidejussoren als Mandatores anzusehen, welche dem Pupillen den Auftrag gegeben hätten, daß er zuerst den Tutor ausklagen solle, und dasjenige zu bezahlen versprochen haben, was er von dem Tutor nicht erhalten würde [29]). Denn sie hätten dieses nicht sowohl für den Vormund, als dessen Bürgen, sondern für sich und in rem suam versprochen [30]). Allein die Wohlthat der Theilung sey durch die Interpretation und Auctorität des Papinian's auch auf Mandatoren ausgedehnt worden [31]). Daß gegen die Mandatoren eine andere Klage,

28) S. *Jac.* Cujacii Comment. in Libr. III. Responsor. Papiniani ad h. L. 7. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 134.)

29) S. Cujacius c. l. pag. 133.

30) *L. 22. D. ad SCtum Vellejan.* (XVI. 1.)

31) *L. ult. C. de constit. pecun.* wo Cujacius cit. Comment. pag. 134. statt der Worte: *Aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo potest*, richtiger nach unserm Gesetz lesen will: *Aequitatem*

nehmlich die actio mandati contraria Statt habe, als gegen die Fidejussoren, schade nichts; denn die Verschiedenheit der Klage könne die Billigkeit der Theilung nicht aufheben.

Allein weit natürlicher ist die Erklärung dieser Stelle von Pothier [32]), nach welcher die Worte: *quod onus fidejussorum susceptum videretur*, vielmehr den Sinn haben. Der Pflegbefohlne scheine die Last, welcher sich eigentlich die Fidejussoren hätten unterziehen müssen, nämlich den Schuldner auszuklagen, wenn sie für ihn bezahlt hätten, gleichsam vermöge des Mandats selbst auf sich genommen zu haben. Diese wären ihm also nun nicht mehr aus der ersten Fidejussion, sondern ex causa mandati verpflichtet. Daraus folgert Papinian, daß nun auch unter ihnen die Wohlthat der Theilung Statt finden müsse, welche unter mehreren Mandatoren, die zum Creditiren den Auftrag gegeben, Statt finde. Wenn es nun weiter heißt: *Nec enim quod datum est, pro alio solvitur, cur speciem actionis aequitatem divisionis excludat?* so liege in diesen Worten folgender Sinn: Die Wohlthat der Theilung habe zwar Hadrian blos den Fidejussoren gegeben, aber Papinian halte es für billig, sie auch auf Mandatoren zu erstrecken. Denn es sey ja gleicher Grund vorhanden, ob mehrere Mandatoren dem Gläubiger dasjenige, was er ihrem Auftrage zu Folge gegeben hat, wieder bezahlen, oder ob sie für den Schuldner als Bürgen zahlen müssen. Die Verschiedenheit der Klageformel könne die Billigkeit der Theilung nicht ausschließen, das heißt, wenn gleich gegen die Mandatoren

32) Pand. Justin. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 6. *Rem pupilli salvam fore* Nr. VII. Not. a. et b. pag. 386.

eine andere Klage Statt hat, als gegen die Fidejussoren, so ist doch der Grund der Billigkeit bey beyden, wenn gleich der Species nach verschiedenen Klagen, der nämliche, daß die Klage unter denen, welche damit belangt werden, getheilt werde.

Durch die gedachte Stipulation ward aber auch 2) die objective Identität zwischen Hauptobligation und Bürgschafts-Nexus aufgehoben, und daher die gegenseitige Consumtion durch Proceß nothwendig ausgeschlossen. Die Verpflichtung des Hauptschuldners und der Bürgen wurden nun zwey ganz verschiedene und ausser einander liegende Obligationen, von denen die eine erst durch die Nichterfüllung der andern entstand, und gleichsam erst da anfing, wo die andere aufhörte [33]). Es trat hier überdem die Analogie von Mandatoren ein, welche sich zur Zeit des classischen Rechts von Fidejussoren eben darin unterschieden, daß sie durch die Belangung des Hauptschuldners, oder eines der Mandatoren nicht liberirt wurden, und umgekehrt [34]), welches seinen innern nothwendigen Grund darin hatte, daß gerade die Einheit der Obligation, um deren willen bey den Fidejussoren, Sponsoren u. dergl. das Gegentheil galt, im Verhältniß zwischen dem Hauptschuldner und den Mandatoren gar nicht Statt fand. Denn der Mandator haftet gar nicht bestimmt für eben dasselbe, was den Gegenstand der Hauptobligation ausmacht, sondern er steht in einem ganz

33) S. Keller über Litis Contestation. §. 66. S. 563. ff.

34) *L.* 13. *L.* 52. §. 3. *L.* 71. *pr. D. de fidejussor.* (XLVI. 1.) *L.* 95. §. 10. *D. de Solution.* (XLVI. 3.) Paulus *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 17. §. 16. Electo reo principali, fideiussor, vel heres eius liberatur: *non idem in* mandatoribus *observatur.*

selbstständigen Rechtsverhältniß mit dem Creditor, nämlich als Mandans zu ihm als Mandatarius, und haftet daher nach den allgemeinen Grundsätzen des Mandat-Contracts dem Creditor nur mit der actio mandati contraria, wie Keller [35]) sehr scharfsinnig durchgeführt hat. So nach dem Rechte des classischen Zeitalters.

Was nun bisher blos von Mandatoren galt, und bey Fidejussoren durch Vertrag bewirkt werden mußte, um die nachtheilige Folge der Consumtion auszuschließen, dieß dehnte Justinian auch auf Fidejussoren aus, und machte dasjenige, was vor ihm in Ansehung der letztern durch besondern Vertrag erst festgesetzt werden mußte, zum allgemeinen Gesetz, nach welchem nun nicht mehr durch Belangung des Hauptschuldners die Bürgen, auch nicht mehr durch die Wahl eines derselben die übrigen frey werden sollen, sondern dem Gläubiger solle sein Recht gegen die übrigen vorbehalten bleiben, bis er seine völlige Befriedigung erhalten hätte. Kurz Justinian hob die Regel der Consumtion in ihrer bisherigen Anwendung auf. Dieß geschiehe durch die sehr wichtige Constitution der *L.* 28. *C. de fideiussorib.* (VIII. 41.)

Imp. Justinianus A. *Joanni* P. P. Generaliter sancimus, quemadmodum in *mandatoribus* statutum est, ut, *contestatione contra unum ex his facta*, alter non liberetur: ita et in *fideiussoribus* observari. Invenimus etenim, et in fideiussorum cautionibus plerumque ex pacto huiusmodi causae esse prospectum: et ideo generali lege sancimus, *nullo modo electione unius ex fideiussoribus, vel iosius rei alterum liberari: vel ipsum reum fideius-*

35) Ueber Litiscontestation. §. 53. S. 453. f.

soribus, vel uno ex his electo, liberationem mereri, nisi satisfiat creditori: sed munere ius integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur, vel alio modo satis ei fiat. Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus aliam fieri non concedentes: sed remanere et ipsi creditori actiones integras, et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur, et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacunque causa possit ius creditoris mutilare? Dat. XV. Kal. Novemb. Constantinopoli, post Consulatum Lampadii et Orestis VV. CC. 531.

Da diese Constitution schon geraume Zeit vor Publication der Pandecten gegeben worden ist; so ist es sehr natürlich, daß die Compilatoren derselben alle Stellen der Röm. Juristen, welche auf die Regel der Consumtion überhaupt Bezug hatten, entweder ganz weglassen mußten, oder wenigstens nicht unverändert in die Justinianeische Gesetzsammlung aufnehmen konnten [36]). Ein merkwürdiges Beyspiel von einer solchen Interpolation giebt die noch hierher gehörige *L.* 2. *C. de fideiuss. tutor. vel curator.* (V., 57.) [37]).

Imp. Alexander A. *Prisco.* Non est ambigui iuris, electo reo *et solvente*, fideiussorem liberari: et ideo si simpliciter acceptus est fideiussor in id,

36) Keller §. 66 S. 562.

37) S. Keller §. 52. S. 437. f. Not. 5.

quod tutor seu curator debiturus esset, cum proponas, tutorem seu curatorem *condemnatum solvisse*, quid dubium est, fideiussorem liberatum esse? Plane, si stipulatio rem salvam pupillo fore, interposita est, vel cautum est in id, quod a tutore vel curatore servari non potest, manet fideiussor obligatus *ad suppleandam tibi indemnitatem.* PP. VIII. Kal. Augusti Fusco II. et Dextro Conss. 226.

Es fragt sich aber, ob auch die *L.* 1. *C. eodem* aufgehoben sey, nach welcher den Pupillen und Minderjährigen die Wahl gestattet ist, ob sie den Vormund oder die Bürgen zuerst belangen wollen? Die meisten Rechtsgelehrten behaupten, es sey dieses allerdings vom K. Justinian durch die *Nov. IV. Cap.* 1. geschehen, vermöge welcher immer der Hauptschuldner zuerst belangt werden soll, ehe der Bürge in Anspruch genommen werden kann, so daß also nun dem Bürgen ein gesetzliches *Beneficium excussionis* zustehe.[38]). Nach dieser neuern Verordnung des Justinianeischen Rechts müsse nun also der Pflegbefohlne eine gewisse Ordnung beobachten. Er müsse zuerst den Vormund, als den Hauptschuldner, belangen, und könne nur dann erst gegen die Bürgen klagen, wenn er das Seinige vom Vormunde nicht ganz hätte erhalten können. Auch den Bürgen der Pupillen und Minderjährigen stehe also das Beneficium excussionis zu [39]), denn die

38) S. Wissenbach Comment. in Cod. ad L. 1. de fideiuss. tutor. pag. 491. und *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Ne igitur.* pag 580.

39) S. *Ant.* Perez Praelect. in Cod. Lib. V. Tit. 57. nr. 1. Struv Synt iur. civ. Exerc. XXXI. Th. 79. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5. *Car. Christph.* Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 691.

Verpflichtung derselben sey nur gesetzlich subsidiär [40]). Für diese allerdings richtige Meinung, welche auch in der Praxis unstreitig anerkannt ist [41]), spricht noch der nicht unwichtige Umstand, daß die *L.* 1. *C. de fideiuss. tutor.* wohl aus keiner andern Ursache, als weil sie durch die *Nov. IV.* ist aufgehoben worden, nicht in die Basiliken aufgenommen worden ist, wie auch Cujacius [42]) bemerkt hat. Gleichwohl ist die Sache nicht ausser Zweifel. Johann Schilter [43]) ist ganz anderer Meinung. Er bezweifelt die Anwendung der *Nov. IV.* auf die Bürgen der Vormünder darum, weil sie blos von fideiussoribus *rerum creditarum* handle, denen man eine solche Rechtswohlthat, wie die der Excussion ist, habe einräumen müssen, um desto leichter Bürgen zu finden. Von diesen lasse sich auf die Bürgen der Vormünder kein gültiger Schluß machen. Denn die *L.* 1. *C.* enthalte eine Begünstigung für Pupillen, und könne schon darum nicht für aufgehoben gehalten werden, weil die Novelle IV. ein correctorisches Gesetz sey, dergleichen Gesetze ohnehin immer einschränkend erklärt werden müßten.

Allein auch davon abgesehen, was gegen die restrictive Interpretation correctorischer Gesetze schon längst

Christ. Frid. Mühlenbruch Doct. Pandect. Vol. II. §. 336. und Thibaut Syst. des Pandect. Rechts. 1. B. §. 542.

40) S. Zimmern Gesch. des Röm. Pr. Rechts. 1. B. §. 249. S. 942.

41) S. *Sam.* Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

42) Recitation. solenn. in Cod. ad Tit. 57. Lib. V. Cod. de fideiuss. tutor.

43) Prax. iur. Rom. Exerc. XXXVII. §. 192.

Thibaut [44]) mit vielem Scharfsinn erinnert hat; so wird hier ganz irrig vorausgesetzt, daß die *L.* 1. *C.* blos eine Begünstigung der Pupillen zum Grunde habe. Sie war blos Folge des ältern Rechts, welches vor der Novelle *IV.* galt, nach welchem diese Wahl, von der das Gesetz spricht, jedem Gläubiger zustand [45]). Dieses Recht hat Justinian in der *Nov. IV.* ganz allgemein aufgehoben. Denn wenn er gleich *Cap.* 1. von solchen Creditoren spricht, welche ein Darlehn gegeben, und Bürgen dafür bekommen haben; so erklärt er sich doch nachher *Cap.* 3. §. 1. ganz bestimmt dahin, daß hier, zu Folge der ältern Gesetze, jeder Creditor gemeint sey, *qui actionem contra aliquem habere potest*, quamvis id, quod gestum est, non *mutuum*, sed alius quidam contractus sit [46]). Sie geht also unstreitig auch auf Pupillen und Minderjährige, von deren Vormündern Bürgen gegeben worden sind, da sie in Ansehung derselben keine Ausnahme macht [47]).

Dennoch ist nicht zu läugnen, daß die Gesetze zu

44) Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts. §. 20.

45) *L. ult. Cod. de obligat. et action. L.* 3. *L.* 5. *C. de fideiussor.* S. *Hug.* Donellus Commentar. de iure civ. Lib. XV. Cap. 49. §. 7—9. (Vol. X. pag. 59. sqq. edit. noviss. *Norimberg.* 1827. 8.)

46) Δανειστὴν δὲ τίθεμεν, τοῖς ἀρχαίοις ἀκολουθοῦντες νόμοις, πάντα τὸν ἀγωγὴν ἔχειν κατά τινος δυνάμενον, εἰ καὶ μὴ δάνεισμα τὸ πεπραγμένον, ἀλλ' ἕτερόν τι συνάλλαγμα καθεστήκοι.

47) Man vergleiche noch Lauterbach Diss. de beneficio excussionis. *Tubing.* 1653. Th. 9. 10. et 28. besonders aber Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 3. pag. 659.

Gunsten der Pupillen und Minderjährigen in Ansehung der Bürgen Manches verordnet haben, was von der Regel abweicht. Dahin gehört, 1) daß eine Uebernehmung der Bürgschaft, auch ohne Stipulation, bey denen angenommen wird, welche bey der Bestellung des Vormundes gegenwärtig, sich's ohne Widerspruch gefallen ließen, daß ihre Namen, auf die Angabe des Vormundes, in die Gerichtsacten, als Bürgen mit eingetragen wurden. Ulpian sagt *L.* 4. §. *ult. D. h. t.* [48]).

Fideiussores a tutoribus nominati, si praesentes fuerint, et non contradixerunt, et nomina sua referri in acta publica passi sunt, aequum est, perinde teneri, atque si iure legitimo stipulatio interposita fuisset.

Hierher gehört ferner 2) daß die mehreren Mitbürgen eines Vormundes in solidum haften, ohne sich auf die Rechtswohlthat der Theilung, welche sonst den Bürgen, sofern sie zur Zeit der gegen sie erhobenen Klage noch alle solvent sind, nach einer bekannten Verordnung des Kaisers Hadrian [49]), welche auch in das Edict des Prätors aufgenommen worden [50]), zusteht, berufen zu

48) Man vergleiche über diese Gesetzstelle *Christph. Lud.* Crell Diss. de periculo obligationis alienae sine fideiussione ad L. 4. §. 3. D. de fideiuss. et nomin. *Vitemb.*, 1754. und *Ant.* Fabri Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Pr. VIII. Illat. 38. pag. 981.

49) §. 4. *J. de fideiuss.* (III. 20.) *L.* 26. *D. eodem.* XLVI. 1.) *L. ult. C. de constituta pecun.* (IV. 18.)

50) Paulus *Receptar. Sentent. Lib. I. Tit.* 20. §. *un.* *G. Ant.* Schulting. Jurispr. vet. Antejustin. pag. 260. und *Jo. Aug.* Clebmann Super epistola D. Hadriani de

dürfen. Der Grund ist offenbar Begünstigung des Pflegbefohlnen, damit er nicht um einer Vormundschaft willen in mehrere vielleicht bey verschiedenen Richtern zu verhandelnde Processe verwickelt werde. Es kann jedoch der Bürge, welcher das Ganze zu bezahlen verurtheilt worden ist, Abtretung der Klage gegen die übrigen Bürgen fordern. Es gehört hierher die sehr merkwürdige Stelle aus des Papinians *libro XII. Quaestionum*, welche *L. ult. D. Rem pupilli vel adolesc. salvam fore* (XLVI. 6.) also lautet:

Si plures fideiussores a tutore pupillo dati sunt, *non esse eum distringendum* [51]), *sed in*

divisione obligationis plurium fideiussorum. *Lipsiae* 1771.

51) Mehrere lesen hier distinguendum, z. B. Haloander, Baudoza und Chevallon. So müssen auch die glossirten Handschriften gelesen haben, wie aus der Erklärung der Glosse erhellet. Allein die florentinische Lesart verdient unstreitig den Vorzug. Wollte man indessen die Lesart *distinguendum* ja beybehalten, welche die Glosse anerkennt; so müßte man diesen Ausdruck so erklären, non esse admittendam inter ipsos divisionem, sed in unum dandam actionem *in solidam*. Denn es ist zu bemerken, daß die Ausgaben, welche non esse *distinguendum* lesen, das NUM nicht haben, welches in der florentinischen Ausgabe bey *distringendum* steht. In den *Basilic.* Lib. XXXVIII. Tit. 11. Const. 12. Tom. V. Fabroti pag. 177. heißt es ganz kurz: Εκαστος τῶν ἐγγυητων, ἐκ τῆς ἱκανοδοσίας ταύτης εἰς ὁλόκληρον ἐνέχεται, ἐκχωρούμενος τὰς κατὰ τῶν ἄλλων ἀγωγὰς. i. e. *Ex hac satisdatione singuli fideiussores in solidum tenentur, cessis actionibus adversus alios, quamvis alio agente dividatur actio.*

unum dandam actionem, ita ut ei, qui conveniretur, *actiones praestarentur* [52]).

Papinian bemerkt dabey zugleich, bey mehreren Mitvormündern eines Pupillen sey es zwar anders, diese könnten nur pro ea parte verurtheilt werden, quam administraverunt, und hafteten nur dann in solidum, si res a caeteris non servetur. In so weit ist jedoch diese wichtige Gesetzstelle schon an einem andern Orte [53]) von mir erklärt worden. Hier sind nur noch folgende Worte merkwürdig:

Caeterum fideiussores civiliter in solidum obligati, caeteris quidem agentibus, ut dividatur actio, impetrare possunt: *pupillo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit, et ignorat omnia, beneficium dividendae actionis iniuriam habere visum est: ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos iudices constituerentur.*

Es ist also nach diesem Gesetz, und aus den darin angeführten Gründen keinem Zweifel unterworfen, daß den mehreren Bürgen eines und desselben Vormundes das Beneficium divisionis nicht zusteht [54]).

Die Rechtswohlthat, welche jedoch die Bürgen nicht für ihre Person haben, kann ihnen ex persona tutorum

52) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

53) S. den 30. Th. des Commentars §. 1336. a. S. 365. f.

54) S. *Jac.* Cujacii Comment. in Libr. III. Responsor. Papiniani ad L. 7. h. t. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 134.) *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. *Vim huius.* pag. 579. sq. *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 1. *Wolfg. Ad.* Lauterbach Diss. de beneficio divisionis (*Tubing.* 1658.) Th. XXVI.

zustehen, wenn nämlich die mehreren Bürgen von mehreren Tutoren bestellt worden sind[55]). Denn so wie den mehreren Vormündern, wenn sie aus der Vormundschaftsverwaltung belangt werden, die Wohlthat der Theilung zusteht[56]), so darf nun auch jeder Bürge nur für den Theil der Schuld haften, in welchen der Vormund verurtheilt worden ist, für den er sich verbürgt hat. Der Grund beruhet in der Natur der accessorischen Verpflichtung des Bürgen, vermöge welcher derselbe nicht mehr schuldig seyn kann, als Der schuldet, für welchen er sich verbürgt hat: nec enim plus in accessione potest esse, quam in principali re, wie Justinian lehrt[57]). Sollte der Bürge die Schuld ganz bezahlen müssen, zu deren Bezahlung der Vormund nur pro virili portione verpflichtet ist, für den er sich verbürgt hat; so würde er ja für den Mitvormund zugleich bezahlen müssen, für den er sich nicht verpflichtet hat, und also contra iuris formam, wie Papinian[58]), sagt, *in duriorem conditionem acceptus* zu seyn scheinen.

Da die Bürgen, wie Papinian[59]) lehrt, ex persona tutorum haften, so haften sie für alles, was von dem Vormunde mit der actio tutelae gefordert werden kann, folglich auch für Zinsen, so weit der Vormund dazu

55) S. *Jac.* Cujacii Comment. in Libr. II. Respons. Papin. ad L. 6. D. h. t. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 81.) *Arn.* Vinnii Comment. ad Instit. Lib. I. Tit. 24. ad princ. nr. 2.

56) S. den 5o. Th. §. 1536. a. S. 362. ff.

57) §. 5. *J. de fideiuss.* (III. 20.)

58) *L.* 49. *in fin. D. de Fideiussor.*

59) *L.* 6. *in fin. D. h. t.*

verpflichtet war. Quod enim *in tutelae iudicium* venit, sagt Pomponius *libro XV. ad Sabinum*[60]), hoc et ea stipulatione (sc. *rem salvam fore*) continetur. Von Zinsen spricht insonderheit Ulpian *libro XXXV. ad Edictum*[61]):

Etiam fideiussorem et heredes fideiussoris ad rationem eandem *usurarum* revocandos esse constat, ad quam et tutor revocatur.

Daß die Bürgen auch so gut, wie der Vormund selbst, sogar für Verzugszinsen haften, lehrt uns Africanus *libro III. Quaestionum*[62]).

Si, posteaquam pupillus ad pubertatem pervenit, tutor in restituenda tutela aliquamdiu moram fecerit: certum est, et fructuum nomine, et usurarum medii temporis, tam fideiussores eius, quam ipsum teneri.

Kurz die actio ex stipulatu oder die Bürgschaftsklage geht auf Alles, quod ex tutela dari fieri oportet, und vom Vormunde oder dessen Erben nicht geleistet wird, wie sich Neratius *libro IV. Membranarum*[63]) äussert. Dagegen kann aber auch der Bürge in Abrechnung bringen, was der Vormund dem Pflegbefohlnen hätte anrechnen können, wie aus der *L.* 5. *h. t.* erhellet, wo Paulus, aus dessen *libro XXXVIII. ad Edictum* diese Stelle genommen ist, sagt:

60) *L.* 9. *D. Rem pupilli vel adolescentis salv. fore.* (XLVI. 6.)

61) *L.* 3. *D. h. t.*

62) *L.* 10. *D. Rem pup. v. adolesc. salv.*

63) *L.* 11. *D. Rem pup. vel adolesc. salv.*

Si cum fideiussoribus tutoris ex stipulatione rem salvam fore agetur, easdem *reputationes* habebunt, quas tutor [64]).

Und zwar mit Recht, weil das, was von dem Bürgen gefordert wird, gleichsam von dem Schuldner selbst gefordert wird, welcher dem Bürgen mandati iudicio alles das wieder erstatten muß, was er für ihn bezahlt hat, wie Justinian §. 4. *J. de Replication.* (IV. 14.) lehrt.

Die Klage gegen die Bürgen richtet sich übrigens ganz nach der actio tutelae. Sie kann daher nicht eher, als diese, angestellt werden. Dieß ist es, wenn Paulus *libro XXIV. ad Edictum* [65]) sagt:

Cum pupillo rem salvam fore satisdatum sit, agi ex ea tunc potest, cum et tutelae potest.

Sie kann also nach dem Röm. Rechte erst nach geendigter Vormundschaft angestellt werden [66]), und da sie blos darauf geht, was der Vormund dem Mündel aus der Rechnung schuldig geblieben ist; so findet sie gegen den Bürgen nicht eher Statt, als wenn der Vormund zuvor Rechnung abgelegt hat, und darüber, was derselbe seinem gewesenen Pflegbefohlnen schuldig ist, ein Liquidum constituirt worden; auch der Vormund, oder seine Erben

64) In den *Basilicis* Lib. XXXVIII. Tit. 7. Const. 5. Tom. V. Fabroti pag. 103. heißt es: *Εναγόμενοι οἱ ἐγγυηταὶ κέχρηνται τοῖς τῶν ἐπιτρόπων ἀντελλόγοις.* i. e. *Conventi fideiussores utuntur tutorum compensationibus.*

65) *L.* 1. *D. Rem pup.* v. *adolesc.*

66) S. *Jac.* Cujacii Comm. in libr. XXIV. Pauli ad Edictum ad *L.* 1. cit. (*Opp. postum.* Tom. II. pag. 388.)

solches zu erstatten unvermögend sind [67]). Daß die Klage gegen die Bürgen erst nach geendigter Tutel angestellt werden kann, sagt auch Ulpian *libro LXXIX. ad Edictum* [68]):

Hanc stipulationem (*rem pupilli salvam fore*) placet *finita demum tutela* committi, et fideiussoribus diem exinde incipere cedere.

Bey der Curatel ist es anders. Hier kann gegen den auch früher gegen die Bürgen aus der Stipulation geklagt werden, sofern auch schon vor Endigung der Curatel die Klage gegen den Curator Statt findet, wie ebenfalls Ulpian a. a. O. bemerkt, wenn er hinzufügt: In *curatore* aliud est, und nachher [69]) sagt:

Si quis curator datus non gesserit curam, consequens erit dicere, stipulationem non committi. Sed eadem hic erunt dicenda, quae in tutore diximus. Illud secus, quod [70]) haec stipulatio statim, atque quid salvum esse desinit, committitur, et

67) S. *Ant.* Faber Cod. Definition. forens. Lib. V. Tit. 33. Defin. 2. *Just. Henn.* Boehmeri Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. VI. §. 24. und Schmidt's pract. Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden. §. 112.

68) *L.* 4. § 4. *D. Rem pup. vel adolesc. salv.*

69) *L.* 4. §. 7. *D. eod.*

70) In den florentinischen Pandecten heißt es zwar: illo secus, quo. Allein die Lesart, der ich gefolgt bin, haben Halvander, Baudoza, Miräus, Merlinus, Chevallonius, und mehrere andere. Auch Beck hat sie in seine Ausgabe aufgenommen, und sie hat, wie Brenkman in der Gebauer. Ausgabe der Pandecten bemerkt, die Auctorität mehrerer alter Handschriften für sich.

Si cum fideiussoribus tutoris ex stipulatione rem salvam fore agetur, easdem *reputationes* habebunt, quas tutor [64]).

Und zwar mit Recht, weil das, was von dem Bürgen gefordert wird, gleichsam von dem Schuldner selbst gefordert wird, welcher dem Bürgen mandati iudicio alles das wieder erstatten muß, was er für ihn bezahlt hat, wie Justinian §. 4. *J. de Replication.* (IV. 14.) lehrt.

Die Klage gegen die Bürgen richtet sich übrigens ganz nach der actio tutelae. Sie kann daher nicht eher, als diese, angestellt werden. Dieß ist es, wenn Paulus *libro XXIV. ad Edictum* [65]) sagt:

Cum pupillo rem salvam fore satisdatum sit, agi ex ea tunc potest, cum et tutelae potest.

Sie kann also nach dem Röm. Rechte erst nach geendigter Vormundschaft angestellt werden [66]), und da sie blos darauf geht, was der Vormund dem Mündel aus der Rechnung schuldig geblieben ist; so findet sie gegen den Bürgen nicht eher Statt, als wenn der Vormund zuvor Rechnung abgelegt hat, und darüber, was derselbe seinem gewesenen Pflegbefohlnen schuldig ist, ein Liquidum constituirt worden, auch der Vormund, oder seine Erben

64) In den *Basilicis* Lib. XXXVIII. Tit. 7. Const. 5. Tom. V. Fabroti pag. 103. heißt es: *Εναγόμενοι οἱ ἐγγυηταὶ κέχρηνται τοῖς τῶν ἐπιτρόπων ἀντελλόγοις.* i. e. *Conventi fideiussores utuntur tutorum compensationibus.*

65) *L.* 1. *D. Rem pup. v. adolesc.*

66) S. *Jac.* Cujacii Comm. in libr. XXIV. Pauli ad Edictum ad L. 1. cit. (*Opp. postum.* Tom. II. pag. 388.)

solches zu erstatten unvermögend sind [67]). Daß die Klage gegen die Bürgen erst nach geendigter Tutel angestellt werden kann, sagt auch Ulpian *libro LXXIX. ad Edictum* [68]):

Hanc stipulationem (*rem pupilli salvam fore*) placet *finita demum tutela* committi, et fideiussoribus diem exinde incipere cedere.

Bey der Curatel ist es anders. Hier kann gewöhnlich auch früher gegen die Bürgen aus der Stipulation geklagt werden, sofern auch schon vor Endigung der Curatel die Klage gegen den Curator Statt findet, wie ebenfalls Ulpian a. a. O. bemerkt, wenn er hinzufügt: In *curatore* aliud est, und nachher [69]) sagt:

Si quis curator datus non gesserit curam, consequens erit dicere, stipulationem non committi. Sed eadem hic erunt dicenda, quae in tutore diximus. Illud secus, quod [70]) haec stipulatio statim, atque quid salvum esse desinit, committitur, et

67) S. *Ant.* Fabri Cod. Definition. forens. Lib. V. Tit. 33. Defin. 2. *Just. Henn.* Bornemeri Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. VI. §. 24. und Schmidt's pract. Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden. §. 1126.

68) *L.* 4. § 4. *D. Rem pup. vel adolesc. salv.*

69) *L.* 4. §. 7. *D. eod.*

70) In den florentinischen Pandecten heißt es zwar: illo secus, quo. Allein die Lesart, der ich gefolgt bin, haben Halvander, Baudoza, Miräus, Merlinus, Chevallonius, und mehrere andere. Auch Beck hat sie in seine Ausgabe aufgenommen, und sie hat, wie Brenkman in der Gebauer. Ausgabe der Pandecten bemerkt, die Auctorität mehrerer alter Handschriften für sich.

fideiussoribus dies cedit, et in se revolvitur[71]). Pertinet autem haec stipulatio ad omnes curatores, sive puberibus, sive impuberibus propter aetatis infirmitatem, sive prodigis, vel furiosis, vel quibusdam aliis, ut fieri assolet, dati sint.

Eben ſo findet gegen die Bürgen eines Protutors die Klage zu jeder Zeit Statt, wie die actio protutelae gegen den Protutor ſelbſt. So lehrt Ulpian[72]):

Sed et in eo, qui pro tutore negotia gessit, aliud dicendum est. Itaque istae stipulationes, si quidem quis tutor fuit, finita demum tutela committentur: si vero pro tutore negotia gessit, conveniens est dicere, statim atque quaeque res salva non esse coepisset, committi stipulationem.

Worauf nun die actio tutelae nicht geht, kann auch die actio ex stipulatu gegen die Bürgen nicht gerichtet

71) Die florentiniſche Ausgabe lieſt: *Sed in se revolvitur.* Eben ſo Baudoza, Merlinus, Miräus, und Chevallonius. Statt sed lieſt aber Haloander, dem auch Beck gefolgt iſt, richtiger rr. In se *revolvitur* heißt hier ſoviel, als saepius committitur stipulatio, et ideo saepius ex ea stipulatione agi potest, wie dieſe Stelle Charondas in ſeiner Ausgabe, mit Verweiſung auf *L.* 18. *D. Rem ratam hab.* erklärt hat. Mit dieſer Erklärung ſtimmt auch Pothier Pand. Justin. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 6. Rem pup. salv. fore. Nr. XI. Not. f. pag. 386. überein, wo er ſagt: Quotiescumque aliquid culpa perit, *in se revolvitur* et recurrit, hoc est, denuo committitur stipulatio. Auch Accurſius verſteht dieſe Stelle ſo, führt aber noch zwey andere Erklärungen mit ſeinem gewöhnlichen Vel dic. an.

72) *L.* 4. §. 4. *D. Rem pupilli.*

werden. Sie findet daher wegen dessen nicht Statt, was der Vormund noch nach geendigter Vormundschaft, nicht aus Amtspflicht, und vermöge rechtlicher Nothwendigkeit, wegen der Connexität [73]), sondern blos aus freyen Willen verwaltet hat. Denn darauf geht auch die actio tutelae nicht. So weit reicht also auch die Verpflichtung der Bürgen nicht.

L. 4. §. 6. *D. h. t.* Generaliter sciendum est, sagt hier Ulpian, ex quibus causis diximus tutelae agi non posse, ex iisdem causis nec ex stipulatu rem salvam fore agi posse, dicendum est.

Und Paulus sagt: *L.* 46. §. 4. *D. de administr. et peric. tutor. et curat.* Paulus respondit, propter ea, quae post pubertatem, nulla necessitate cogente, sed *ex voluntate sua tutor administravit*, fideiussorem, qui salvam rem fore cavit, non teneri.

Da der Bürge nur dafür haftet, was der Vormund aus der Vormundschaftsverwaltung schuldig geblieben ist; so kann freylich derselbe nicht angehalten werden Rechnung abzulegen, wenn auch gleich der Vormund ohne Erben gestorben wäre. Denn wie könnte er auch Rechnung ablegen, da er weder verwaltet hat, noch zu verwalten verbunden war [74])? Es muß also dem Pupillen oder vielmehr der hereditas iacens ein Curator gesetzt werden, welcher aus den im Nachlasse befindlichen Urkunden die Rechnung

73) *L.* 5. §. 6. *L.* 37. §. 1. *D. de admin. tut. L.* 11. *C. Arbitr. tut. L. un. C. Ut causae post pubertat. adsit tut.* (V. 48.)

74) S. *Ant.* Faber Cod. definit. for. Lib. V. Tit. 33. Def. 2. pag. 573.

herstelle. Sollte jedoch der Bürge die dazu gehörigen Urkunden und Schriften selbst in Händen haben, so kann er mit der Klage aus der Bürgschaft angehalten werden, dieselben heraus zu geben, und er kann bey beharrlichem Ungehorsam zur Leistung des vollen Interesse verurtheilt werden. Daß hier das iusiurandum in litem gegen den Bürgen Statt finde, hat wohl keinen Zweifel. Wie aber, wenn der Bürge zwar seiner Seits sich keines Dolus schuldig gemacht, aber aus den vormundschaftlichen Rechnungen sich ergeben sollte, daß der verstorbene Vormund gegen den Pupillen betrüglich gehandelt habe, findet auch hier gegen den Bürgen das iuramentum in litem Statt? Er haftet allerdings auch für dieses Interesse. Denn der Bürge hat sich zu dem allen verpflichtet, was der Vormund dem Pupillen schuldig seyn, und wozu derselbe verurtheilt werden wird [75]). Daß gegen die Erben des Vormundes das iusiurandum in litem nicht Statt findet, wenn sie sich selbst keines Dolus schuldig gemacht haben, kommt dem Bürgen nicht zu gute. Denn es tritt hier ein verschiedenes Rechtsverhältniß ein [76]). Hierher gehört die Stelle aus Herennius Modestinus *libro VI. Responsorum*, woraus die *L.* 32. *D. de admin. et peric. tutor. et curat.* genommen ist. Sie lautet *princ.* so:

Sine herede tutor decessit. Quaero, an curator pupillo datus, cum neque inventaria, neque alia instrumenta a fideiussore tutoris exhibeantur,

75) Man sehe vorzüglich *Ant.* Fabri Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 44. pag 985. sq. und *Jac.* Cujacii Comment. in Libr IV. Respons. *Herennii Modestini* ad L. 32. D. de admin. et peric. tutor. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 165. sq.)

76) *L.* 4. *Cod. de in litem iurando.* (V. 53.)

possit eundem fideiussorem convenire ex stipulatione, quanti pupilli interest? Modestinus respondit, *in id, in quod tutor conveniri potuit, fideiussorem quoque conveniri posse.*

Die Erben eines Bürgen treten zwar in das obligatorische Verhältniß ihres Erblassers [77]). Sie haften aber, als Erben, nicht in solidum, sondern nur nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile [78]).

§. 1377.

3) Nominatores. 4) Affirmatores. 5) Postulatores.

Erben so wie Bürgen, nicht anders als ob sie iure legitimo stipulirt hätten, werden auch die Nominatoren, Affirmatoren und Postulatoren behandelt. Der Nominatoren wird jedoch nur allein in der Rubrik dieses Titels namentlich gedacht. In dem Titel selbst wird bloß beyläufig *L.* 2. *D. h. t.* aus Ulpians *libro XXXIX. ad Sabinum* angeführt:

Postulare tutorem videtur, et qui per alium postulat: item *nominare*, et qui per alium hoc idem facit.

Weiter wird von den Postulatoren und Nominatoren in diesem Titel nichts erwähnt. Im Codex hat dieser Titel (V. 57.) blos die Ueberschrift *de fideiussoribus tutorum vel curatorum.* Der Affirma-

77) §. 2. *J. de fideiuss. L.* 24. *C. eodem.*

78) *L.* 24. *L.* 49. §. 1. *D. de fideiuss. L.* 6. *C. Fam. ercisc.* S. Lauterbach Diss. de beneficio divisionis. Th. XIII. und Hufeland Lehrb. des Civilrechts. 2. B. §. 1082.

toren geschieht nur *L.* 6. §. 3. *D. h. t.* bey denen Erwähnung, welche auch ohne Stipulation eben so, als ob sie stipulirt hätten, wie Bürgen haften sollen, weil sie von den Vormündern bey deren Bestellung in ihrer Gegenwart als Bürgen ernannt worden sind, und sich in dieser Eigenschaft ohne Widerspruch in die acta publica namentlich haben eintragen lassen. Ulpian sagt daselbst:

Eadem causa videtur *adfirmatorum*, qui scilicet, cum idoneos esse tutores adfirmaverint, fideiussorum vicem sustinent.

Es ergiebt sich aber doch aus der Vergleichung dieser Stellen wenigstens so viel, daß die Nominatoren, Affirmatoren, und Postulatoren, wenn sie auch gleich nicht in rechtlicher Hinsicht, doch wenigstens dem Begriff nach von einander verschieden sind. Es ist daher wohl nicht ganz richtig, wenn Wissenbach [79]) und Huber [80]) alle für Eins halten wollen, und insonderheit letzter meint, daß sogar auch diejenigen, qui praesentes nomina sua referri in acta publica passi sunt, Nominatoren geheißen hätten, ut quasi *nominatores* sui esse videantur, wogegen schon der ganze Sprachgebrauch streitet.

Soviel nun also 1) die *Nominatores* anlangt, so kommen diese in einer zweyfachen Bedeutung vor. Es werden darunter Erstens diejenigen verstanden, welche, um sich von der Uebernahme einer angetragenen Vormundschaft frey zu machen, einen Andern angeblich bessern in Vorschlag brachten. Von dieser potioris nominatio, deren man sich vor Justinian besonders zu bedienen

79) Exercitatt. ad Pand. P. I. Disp. LIII. Th. 2.

80) Praelection. ad Pand. h. t. §. 2.

pflegte, wenn es an einer gesetzlichen Excusation fehlte, habe ich schon an einem andern Orte [81]) ausführlich gehandelt. *Nominatores* werden auch Zuweilen die Municipalobrigkeiten genannt, denen von Amtswegen oblag, dem höhern Magistrate tüchtige Subjecte in Vorschlag zu bringen, welche auf deren Präsentation zu Vormündern bestellt würden [82]). Dieß, sagt Brisson [83]), sey die Bedeutung, in welcher das Wort *Nominator* in der Rubrik dieses Titels genommen werde [84]). Diese magistratus municipales werden daher in den Gesetzen [85]) tutorum nominatores genennt, und sie waren für ihre Präsentation verantwortlich [86]).

2) *Affirmatores*, sagt Ulpian *L.* 4. §. 3. *D.* sind diejenigen, qui idoneos esse tutores affirmarunt, d. h. welche den die Tüchtigkeit der Vormünder untersuchenden Magistrat versichert haben, die Vormünder

81) S. den Tit. *de Excusationibus* §. 1358. a. S. 148—154.

82) *L.* 1. *L.* 4. *et* 5. *Cod. de magistratibus conven.* (V. 78.) *L.* 24. *et L.* 28. *D. de tutor. et curat. dat.* (XXVI. 5.) *L.* 1. §. 5. *et* 10. *D. de magistr. conven.* *L.* 6. *Qui dare tutor.* (V. 34.)

83) De Verbor. Signific. voc. *Nominator.*

84) Man vergl. *Mich. Godof.* Wernheri Lectiss. Commentat. ad Pand. P. II. h. t. §. 2. pag. 509 sq. Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 356. Not. 4. pag. 208. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 250. S. 947. auch §. 242. S. 911. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 542. und von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 425. a. E.

85) *L.* 4. *et* 5. *Cod. de magistr. conven.*

86) *L.* 28. *D. de tutor. et curat. dat.* *L.* 1. §. 5. *et* 10. *D. de magistrat. conven.*

tüchtig [87]). Vielleicht auch diejenigen selbst, welche die Cautionen der Vormünder zu schätzen beauftragt waren, und die Tüchtigkeit der Bürgen versichert hatten [88]).

3) *Postulatores*, welche dem Pupillen einen bestimmten Vormund erbaten, sind auch für ihn verantwortlich [89]). Nicht blos wenn es ohne Schuldigkeit geschahe [90]), sondern auch, wenn der postulator dazu verpflichtet war [91]). Nur die Mutter war in der Regel für die Erbittung nicht verantwortlich, wenn nicht der Prätor in seinem Decret auf ausdrückliches Verlangen derselben erklärt hatte, daß die Bestellung des erbetenen Vormundes auf ihre Gefahr geschehen sey. Hierher gehören folgende Constitutionen.

L. 1. C. Si mater indemnitatem promisit. (V. 46.)

Imp. Alexander A. *Brutiae.* Suo potius periculo magistratus tutores, quos petiisti, dederunt, quam tu contra sexus conditionem alicui ex ea obligatione obstricta es, quod tuo periculo tutores

87) S. Thibaut a. a. O. und von Wening-Ingenheim a. a. O.

88) *L.* 1. §. 8. *D. de magistr. conveniend. L.* 9. *et* 10. *D. Qui satisd. cog.* (II. 8.) S. Struv Us. mod. Pand. h. t. §. 5.

89) *L.* 2. *D. h. t.* S. Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts. 1. B. §. 25a. S. 946. Vost Comm. ad Pand. h. t. §. 3.

90) Dieß behauptet jedoch Thibaut im Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 542. wegen *L.* 2. §. 5. *D. Qui pet. tutor.*

91) S. den 30. Th. des Commentars. §. 1323. S. 86. f. und Struv Us. mod. Pand. h. t. §. 5 pag. 661.

filiis tuis dari postulasti. PP. III. Id. Martii MAXIMO II. [92]) et URBANO Conss. 235.

L. 3. *C. eodem.* Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. *Cajano.* Ob tutorem non idoneum a matre petitum, frustra vobis eam teneri contenditis, *cum non nisi specialiter eius periculo dari decreto fuerit comprehensum, ex ea obligatione obstricta sit.*

Alle diese, qui fideiussorum vicem sustinent, haften jedoch erst nach Vorausklagung der eigentlichen Bürgen [93]), und auch nur in so fern, als die Vermögensumstände des Vormundes schon gleich Anfangs dem Mündel keine Sicherheit darboten [94]). Nur der *Nominator*, welcher, um sich von der Uebernahme einer ihm angetragenen Vormundschaft zu befreyen, einen Andern angeblich bessern in Vorschlag gebracht hatte, blieb für die Verwaltung des nominati tutoris verantwortlich, wenn dieser gleich zur Zeit der Nomination idoneus war [95]).

92) S. SPANGENBERG nota ad h. L. Tom. II. Corp. J. C. p. 516.

93) *L.* 4. *et* 5. *Cod. de magistrat. conven.* S. THIBAUT Syst. des P. R. 1. B. §. 542. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civ. Rechts. 2. B. IV. Buch. §. 425. a. E.

94) *L.* 1. §. 11. *D. de magistr. conven.* S. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 756. a. E. (3. Ausg.) Daß jedoch die Fidejussoren bey Bestellung des Vormundes solvent gewesen, hat nicht der Pupill, sondern der zu beweisen, welcher sie bestellt hat. *L.* 1. §. 13. *D. eodem*, oder für ihre Sicherheit zu sorgen schuldig war. *L.* 14. *D. de probat.* S. den 24. Th. des Commentars. S. 297. ff.

95) S. LAUTEN Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. DCCXLII. medit. 2. und den §. 1358. a. S. 153.

Klage, freylich durch modificirte Formel, quae competit in tutores, und wird daher in den Gesetzen [3]) actio (se. tutelae) *utilis* genennt. *Subsidiaria* actio heißt sie, weil sie das letzte Hülfsmittel der Pupillen und Curanden ist, welches ihnen dann noch übrig bleibt, wenn mit den ihnen zustehenden Klagen weder vom Vormunde, noch von seinen Bürgen Etwas oder Alles zu erhalten gewesen ist [4]). Noch Justinian [5]) bezeichnet diese Klage mit dem Namen *subsidiariae actionis adminiculum*. Theophilus in seiner griechischen Paraphrase [6]), nennt sie wiederholt actio *in factum*, versteht aber unter factum hier τὸ ἀζήμιον, indemnitatem, und will also damit wohl nur soviel sagen, die actio *subsidiaria* adversus ma-

Const. 9. Tom. V. Fabroti pag. 112. haben: ἐπειδὴ ὁμοίως τοῖς ἐπιτρόποις ἐνάγονται, i. e. *quia perinde ac tutores tenentur.*

3) *L.* 1. *C. h. t.* Imp. Antoninus A. *Mutiano.* — Sed adversus magistratus, qui curatorem dederunt, *actio utilis* ita demum competit, si universis bonis excussis, revocatisque, quae eum in fraudem alienasse constiterit, indemnitati tuae in solidum satisfieri non potuit. — *L.* 5. *C. eodem.* Impp. Diocletian. et Maximian. AA. *Eugeniae.* In magistratus municipales tutorum nominatores, si administrationis finito tempore non fuerint solvendo, nec ex cautione fideiussionis solidum exigi possit: pupillis quondam in subsidium indemnitatis nomine *actionem utilem* competere ex Senatusconsulto, quod auctore divo Trajano parente nostro factum est, constitit.

4) S. Gebauer Diss. cit. Cap. I. §. 10. Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts. 1. B. §. 249. S. 942.

5) *L. ult. C. de auctor. tutor.* (V. 59.)

6) *Lib. I. Tit.* 24. §. 3. Tom. I. pag. 185. sq. (edit. Reitz.)

Ehe also die Reihe an den Magistrat kommt, müssen nicht nur alle Vormünder [98]), mithin auch die honorarii tutores, wenn sie unterließen, den nachlässig verwaltenden Vormund als suspect anzuklagen [99]), so wie deren Erben; sondern auch die Bürgen, und welche deren Stelle vertreten, so wie deren Erben ausgeklagt worden seyn, und der Mündel von allen diesen seine Befriedigung nicht erhalten haben [100]). Aber noch nicht genug. Es muß auch gegen diejenigen, welche von dem, dem Mündel gesetzlich verpfändeten Vermögen des Vormundes etwas besitzen, mit der deshalb zustehenden actio hypothecaria nichts auszurichten gewesen seyn [1]). Denn nach der Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian *L.* 5. *C. h. t.* soll die Klage gegen den Magistrat blos in subsidium, indemnitatis nomine, gestattet seyn. Sie ist, wie Modestinus *libro IV. Pandectarum* [2]) sagt, dieselbe

98) *L.* 46. §. 6. *D. de administr. et peric. tutor.*

99) S. den 30. Th. dieses Commentars §. 1336. d. S. 420 — 422.

100) *L.* 4. *L.* 5. *C. h. t.* (V. 75) S. Vinnius Comm. ad §. 2. J. de Satisdat. tutor. *Franc.* Brogus Exposition. in Institut. ad eund. §. 2. pag. 156. und *Ev.* Otto Comm. ad Instit. eod. loc. pag. 141.

1) *Nov. IV. cap.* 2. Man sehe den 18. Th. §. 1084. S. 359. ff.

2) *L. ult. D. h. t.* — Et rescriptum est a divis Severo et Antonino, et usuras peti posse, quoniam *eadem in magistratus actio datur*, quae competit *in tutores*. Statt *in magistratus* liest zwar die florentinische Ausgabe *in magistratibus*; eben so Halvander und Miräus. Allein der Lesart in *magistratus*, welche auch Stephanus, Baudoza, Hugo a Porta und Merlinus haben, giebt Brenkman in der Gebauer. Ausgabe mit Recht den Vorzug. Die *Basilica* Lib. XXXVIII. Tit. 8.

Klage, freylich durch modificirte Formel, quae competit in tutores, und wird daher in den Gesetzen [3]) actio (ac. tutelae) *utilis* genennt. *Subsidiaria* actio heißt sie, weil sie das letzte Hülfsmittel der Pupillen und Curanden ist, welches ihnen dann noch übrig bleibt, wenn mit den ihnen zustehenden Klagen weder vom Vormunde, noch von seinen Bürgen Etwas oder Alles zu erhalten gewesen ist [4]). Noch Justinian [5]) bezeichnet diese Klage mit dem Namen *subsidiariae actionis adminiculum*. Theophilus in seiner griechischen Paraphrase [6]), nennt sie wiederholt actio *in factum*, versteht aber unter factum hier τὸ ἀζήμιον, indemnitatem, und will also damit wohl nur soviel sagen, die actio *subsidiaria* adversus ma-

Const. 9. Tom. V. Fabroti pag. 112. haben: ἐπειδὴ ὁμοίως τοῖς ἐπιτρόποις ἐνάγονται, i. e. *quia perinde ac tutores tenentur.*

3) *L.* 1. *C. h. t.* Imp. Antoninus A. *Mutilano.* — Sed adversus magistratus, qui curatorem dederunt, *actio utilis* ita demum competit, si universis bonis excussis, revocatisque, quae eum in fraudem alienasse constiterit, indemnitati tuae in solidum satisfieri non potuit. — *L.* 5. *C. eodem.* Impp. Diocletian. et Maximian. AA. *Eugeniae.* In magistratus municipales tutorum nominatores, si administrationis finito tempore non fuerint solvendo, nec ex cautione fideiussionis solidum exigi possit: pupillis quondam in subsidium indemnitatis nomine *actionem utilem* competere ex Senatusconsulto, quod auctore divo Trajano parente nostro factum est, constitit.

4) S. Gebauer Diss. cit. Cap. I. §. 10. Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts. 1. B. §. 249. S. 942.

5) *L. ult. C. de auctor. tutor.* (V. 59.)

6) *Lib. I. Tit.* 24. §. 2. Tom. I. pag. 185. sq. (edit. Reitz.)

gistratum sey eine Klage, welche auf Schadloshaltung des Pupillen gehe. Theophilus ist zwar wegen dieser Angabe, daß diese actio subsidiaria eine actio in factum sey, von mehreren, besonders von Wissenbach [7]), Merillius [8]), und Everh. Otto [9]), sehr getadelt worden. Man sagt, wenn der Magistrat von den Vormündern keine Satisdation gefordert hat, so sey ja kein factum vorhanden, es könne auch nicht jede actio utilis eine actio in factum genennt werden. Allein Carl Hannibal Fabrotus [10]), Ulrich Huber [11]), und besonders Wilh. Otto Reitz [12]) haben den Theophilus zu vertheidigen gesucht, und auch Cujaz [13]) nahm keinen Anstand, die subsidiarische Klage eine actio utilis in factum ex Senatusconsulto et oratione D. Trajani zu nennen. Ob die Klage gegen den Magistrat eine actio tutelae utilis; oder eine actio in factum subsidiaria sey, war schon früher zwischen den Glossatoren Martinus und Bulgarus streitig, wie Rogerius

7) Exercitatt. ad Pand. Part. I. Disp. LIII. §. 6. pag. 549. sq.

8) Observation. Lib. VIII. cap. 24.

9) Comment. ad §. 2. J. de Satisdat. tutor. pag. 141. (*Traj. ad Rhen.* 1729. 4.)

10) Apologia pro graecis Basilixῶν Interpretibus et *Theophilo* Antecessore: (in *Thes. J. R. Ottonian.* Tom. III. pag. 1145.)

11) Digression. Justin. P. II. Lib. I. Cap. 28. §. IV. p. 568. sq.

12) Excurs. XIII. ad *Theophilum*. Ad §. 2. *de Satisdat. tutor.* quo ostenditur, subsidiariam esse actionem in factum. Tom. II. *Paraphras. graec. Institut.* pag. 1199. sq.

13) Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 46. Libri V. de MM. CC. und Desselben Paratitl. in h. Tit. Dig.

keiten sind es eben, welche magistratus schlechtweg, ohne den Zusatz populi Romani, genennt werden [27]). Denn dieser Zusatz bezeichnete nur die höhern Magistrate, welche sich als Oberhäupter des Volks und Senats durch Lictoren und andere Insignien auszeichneten, wie z. B. der Prätor, der Praefectus Urbi, der Präses der Provinz, der Proconsul, Praefectus Aegypti u. d. [28]). Gegen solche Magistrate hatte die actio tutelae subsidiaria nicht Statt [29]), weil diese bey der Bestellung der Vormünder das Recht der Inquisition hatten, welche jede andere Sicherheitsleistung unnöthig machte [30]). Die Municipalobrigkeiten hatten hingegen ein solches Prüfungsrecht von Amtswegen nicht über die Person derjenigen, die sie entweder im Auftrage des Präses oder Prätors zu Vormündern selbst ernannten, oder dem höhern Magistrate auf sein Verlangen zur eigenen Vormundschaftsbestellung präsentiren mußten. Sie mußten sich daher von ihnen Satisdation, d. h. eine Caution durch tüchtige Bürgen bestellen lassen, und hafteten sowohl für eigene Ernennung, als wenn der höhere Magistrat auf ihre Präsentation (ex suggestu eorum, vel nominibus ab eis acceptis) die Vormünder selbst bestellt hatte [31]). Hieraus erklärt sich nun,

27) S. den 29. Th. §. 1317. Not 91. S. 430.

28) *L.* 1. *D. de tutor. et curator. dat. L.* 17. *D. de offic. Procons. L.* 1. *C. de tutor. et curat. illustr. vel clar. personar.* S. Gebauer cit. Diss. Cap. 1. § 5.

29) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

30) Gajus *Inst. Comm. I.* §. 200. *in fin. Pr. J. de Satisdat. tut. L.* 13. *in fin. de tutor. vel curat. dat. L.* 4. *C. de tut. qui satis non dedit.* (V. 42.) S. den 21. Th. des Commentars S. 297. f.

31) *L.* 1. §. 2. 3. 5. 6. 7. 11. 12. *D. h. t. L.* 5. *D. de*

wenn es in den Institutionen §. 2. *de Satisdat.* heißt:

Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino a tutoribus vel curatoribus *satisdari* non curaverunt, aut *non idonee* passi sunt *caveri.*

Und besonders §. 4. ebendaselbst.

Neque autem Praefectus urbi, neque Praetor, neque Praeses provinciae, neque quis alius, cui tutores dandi ius est [32]), hac actione tenebitur, sed hi tantummodo, *qui satisdationem exigere solent* [33]).

Die Klage ging aber immer nur gegen die Einzelnen, nicht gegen den Ordo selbst, d. h. gegen den ordo Decurionum, oder den Senatus municipalis, den man auch Curia nannte, d. h. consilium publicum, in singulis civitatibus, administrandae Reipublicae causa institutum [34]). Sie ging auch nicht gegen die Fidejussoren der Magistrate. Denn diese hatten ja nur *Rempublicam*, aber nicht, *rem pupilli salvam fore*, versprochen. Eben so auch nicht gegen die nominatores Magistratuum, d. h. welche den Candidaten zur Magistratsstelle präsentirt hatten. Diese Präsentation hieß nominatio, und war

confirm. tut. vel curat. S. Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts. 1. B. §. 250. S. 947. und besonders Not. 21.

32) Dieß ist nämlich so zu verstehen: neque quis alius *ex maioribus Magistratibus*, quibus dandi tutores potestas est. Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* Faber Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Prino. VIII. Illat. 45. pag. 987. sq.

33) S. auch *L.* 53. *D. de administr. tutor.*

34) S. *Frid.* Roth de re municipali Romanor. Lib. II. Cap II. §. 8. pag. 67. sq.

von der eigentlichen Wahl, creatio, unterschieden [35]). Jene hatte der regierende Magistrat für seinen Nachfolger, und sie machte den nominator für die Amtsführung des Ernannten verantwortlich [36]); das Wahlrecht aber stand dem Ordo oder der Curie zu [37]). Es waren immer nur Ausnahmen von der Regel, wenn der Ordo selbst mit dieser Klage in Anspruch genommen werden konnte. Dieß war zum Beyspiel der Fall, wenn entweder der Ordo die Vormünder selbst ernannt hatte, welches in Abwesenheit derjenigen Municipalobrigkeiten geschehen mußte, welche zur Ernennung der Vormünder berechtiget waren [38]); oder wenn der Ordo die Gefahr für die ernannten Vormünder übernommen hatte. Jedoch hafteten alsdann immer nur diejenigen Decurionen, welche gerade zur Zeit der Ernennung im Senate gegenwärtig waren [39]). Alles dieses bestätiget folgende Stelle aus Ulpians *libro XXXVI. ad Edictum.*

L. 1. pr. D. h. t. In *Ordinem* subsidiaria actio non dabitur, sed in *magistratus:* nec in *fideiussores* eorum: *hi enim Rempublicam salvam fore*

35) *L.* 1. §. 3. *et* 4. *D. Quando appellandum.* (XLIX. 4.) *L.* 45. *C. de Decurion.* (X. 31.) *L.* 8. *C. de Susceptor.* (X. 70.) S. Roth l. c. §. XII. pag. 76—79.

36) *L.* 11. §. 1. *L.* 13. *L.* 15. §. 1. *D. ad Municipalem.* (L. 1.) *L.* 1. *C. de periculo nominator.* (XI. 33.)

37) *L.* 1. §. 3. *et* 4. *D. Quando appelland.* Man vergleiche hier vorzüglich Fried. Carl von Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter. 1. B. Kap. 2. S. 20. f.

38) *L.* 19. *D. de tutor. et curat. dat. L.* 3. *D. Qui petant. tutor. v. curat.* S. den 29. Th. §. 1317. a. S. 449.

39) S. Gebauer Diss. cit. Cap. I. §. 6.

promittunt, non pupilli: proinde nec *nominatores magistratuum* ex hac causa tenebuntur, sed soli magistratus. Sed si ordo receperit in se periculum, dici debet, teneri eos, qui praesentes fuerunt: parvi enim refert nominaverint, vel fideiusserint, an in se periculum receperint: *utilis* ergo in eos actio [40]) competit. Sed si a magistratibus municipalibus tutor datus sit, non videtur per ordinem electus.

War der Magistrat, welcher nicht gehörig für die Sicherheitsleistung des Vormundes gesorgt hatte, noch in väterlicher Gewalt; so haftete der Vater weiter nicht, als de peculio, wenn schon der Sohn mit dessen Willen Decurio geworden war. Der Vater war nur für die Verwendung des städtischen Vermögens verantwortlich, welches der Sohn als Decurio zu verwalten hatte, dem Pupillen hatte er sich nicht verbindlich gemacht, noch verbindlich machen wollen, wie Ulpian sagt *L. 1. §. ult. D. h. t.*

Si filiusfamilias fuit magistratus, et caveri pupillo non curaverit, aut non idonee cautum sit culpa eius: an et quatenus in patrem eius actio danda sit, quaeritur? Et ait Julianus, in patrem *de peculio* dandam, sive voluntate eius filius Decurio factus sit, sive non: nam et si voluntate patris magistratum administravit, attamen non oportere patrem ultra, quam *de peculio*, conveniri: *quasi Rempublicam salvam solam fore promittat* [41]), *qui dat voluntatem, ut filius Decurio creetur.*

40) Die actio utilis ist hier keine andere, als die zu Anfang genannte subsidiaria actio. Man sehe die Not. 3.

41) Statt quasi *Rempublicam* salvam solam fore, will *Ant.* Faber Jurispr. Papin. scient. Tit. XII. Princ. VIII. li-

K. Hadrian gab die Klage auch gegen den, welcher die Satisdationen der Vormünder zu schätzen beauf-

lat. 45. pag. 1000. in fin. quasi *rem pupilli* etc. lesen, und das Wort *solam*, welches er für einen unächten Zusatz eines gewissen Interpreten hält, wegstreichen. Die Worte sollen auch überhaupt kein Entscheidungsgrund, sondern vielmehr ein bloßer Zweifelsgrund seyn. Der wahre Entscheidungsgrund werde *L.* 3. §. *ult. D. de peculio* (XV. 1.) angeführt, wo derselbe Fall vorkomme. Da sage nämlich Ulpian: Nec quidquam mutare arbitror, an voluntate patris Decurio factus sit, *quoniam Rempublicam salvam fore pater obstrictus est.* Das Wort *solam* soll in den florentinischen Pandecten mit Linien eingeschlossen seyn. Der Interpres, den er nicht nennt, scheint Cujaz zu seyn, wie sich aus Lib. VII. Observat. cap. 31. schließen läßt. Allein diese Emendation ist mit Recht von *Franc. de* Amaya Commentar. in tres posterior. libros Cod. Just. Tom. I. (*Lugd.* 1639. f.) ad L. 7. de Decurion. (X. 31.) nr. 18. pag. 356. sq. verworfen worden. Sie entspricht auch der Meinung des Julians ganz und gar nicht, welche Ulpian daselbst zu der seinigen macht, und kann durchaus nicht vom Pupillen verstanden werden, von dem gar keine Rede war. Die gemeine Lesart bestärken auch die *Basilica.* In diesen heißt es Lib. XXXVIII. Tit. 8. Const. 1. §. 14. Tom. V. Fabroti pag. 110. μόνῃ γὰρ τῇ πόλει τὸ ἀζήμιον ὁ πατὴρ συναινῶν ἐπαγγέλλεται. i. e. *quia* soli Reipublicae *indemnitatem pater consentiens filio ad Decurionatum promittit.* Aus dieser Stelle der Basiliken erhellet zugleich, daß das Wort *solam* allerdings ächt sey. Es ist auch ganz falsch, daß dieses Wort in den florentinischen Pandecten, die ich selbst besitze, in Linien eingeschlossen sey. Nur Russard und Charondas haben es in zwey Strichelchen eingeschlossen, und bey Halvander fehlt es ganz. Uebrigens steht den angeführten Pandectenstellen die Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus in *L.* 1. *C. Quod cum eo, qui in*

tragt war [42]), und Zeno [43]) machte davon die Anwendung gegen einen Scriba, vermuthlich einen Gerichtsschreiber des Prätors in Rom, dem das Pupillenwesen übertragen war, wie ihn Cujaz [44]) erklärt, welcher das Vermögen eines Curanden zu gering taxirt hatte.

aliena potest. (IV. 26.) nicht entgegen. Denn wenn dem mündel derselben der Vater, mit dessen Einwilligung der Sohn zum Decurio creirt worden ist, in solidum haften soll; so ist dieses blos von dem Falle zu verstehen, von welchem das Gesetz spricht, nämlich wenn der Sohn selbst zum Vormund bestellt worden ist. Denn hier hat der Vater, mit dessen Einwilligung der Sohn zum Decurio creirt worden ist, auch in die dem Sohne aufgelegte Vormundschaft gewilliget, und gleichsam dessen Gefahr übernommen. S. oben §. 1367. S. 232. f. Man vergleiche noch *Jac.* Cujacii Observation. Lib. XIII. Cap. 24. *Jo. Jac.* Wissenbachii Comm. in Codicem ad h. L. 1. cit. pag. 262. und *Jo.* Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 2. in fin. Ist hingegen der Sohn nicht selbst zum Tutor bestellt, sondern er hat als Magistrat von Amtswegen einen Tutor bestellt, so hat der Vater, mit dessen Bewilligung der Sohn zum Decurio creirt worden ist, zwar für die dem Sohne übertragene städtische Verwaltung, und dasjenige, was er daraus der Republic schuldig bleiben wird, garantirt, nicht aber für die Ansprüche, die etwa der Pupill wegen der Verwaltung des demselben bestellten Vormundes haben möchte, wie Ulpian *L.* 2. §. 5. *D. ad Municipalem*, welche aus Desselben *libro I. Disputationum* genommen ist, nochmals bestätiget. Darum haftet der Vater hier nicht in solidum, sondern nur de peculio S. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. VII. Not. b. pag. 159.

42) *L.* 1. §. 8. *D. h. t.* S. Faber Jur. Papin. c. l. Illat. 46. pag. 1005.

43) *L. ult. C. h. t.*

44) Observat. Lib. XVI. Cap. 14. in fin. S. auch Gebauer

Haben die Magistrate etwa unter sich festgesetzt, daß einer unter ihnen allein für die Bestellung der Vormünder verantwortlich seyn solle; so gilt zwar eine solche Verabredung nach einem Rescript des Kaisers Hadrian, welches Ulpian [45]) anführt, zum Nachtheil des Pupillen nicht: *conventione enim Duumvirorum ius publicum mutari non potest*, wie Ulpian sagt. Allein es muß doch wenigstens immer der Magistrat zuerst belangt werden, der die Gefahr allein übernahm, ehe der College in Anspruch genommen werden kann, so wie auch der Magistrat, welcher den Vormund ernannte, immer vor seinem Collegen haftet. Prius tamen arbitror, sagt Ulpian, conveniendum eum, *qui hoc* (sc. *periculum*) *suscedit:* deinde excussis facultatibus eius, tunc veniendum ad collegam: quemadmodum si solus dedisset [46]), diceremus prius eum, deinde collegam adgrediendum.

In Absicht auf die Art der Vertretungs-Verbindlichkeit der einzelnen Magistratspersonen, wenn das Collegium

Diss. cit. Cap. I. §. 5. in fin. und von Savigny Gesch. des R. R. im Mittelalter 1. B. Kap. 2. S. 47. f.

45) *L.* 1. §. 9. *D. h. t.*

46) In den *Basilicis* Tom. V. Fabroti pag. 109. in fin. heißt es: ὅπερ ἐστὶ καὶ ἡνίκα μόνος ὁ εἷς τῶν ἐπιτρόπων δῶσει ἐγγύας, πρῶτος γὰρ ἐναγεται i. e. *sicut et si solus unus tutorum satis dedisset, prior enim convenitur.* Daß hier die Lesart fehlerhaft sey, hat schon Fabrot bemerkt. Denn so, wie die Worte lauten, hat die Stelle keinen Sinn. Liest man aber mit *Jo. Gail.* Hoffmann Observation. variar. ad Pandect. Diss. XXIV. §. 4. ὅπερ ἐστὶ καὶ ἡνίκα μόνος ὁ εἷς τὸν ἐπίτροπον δώσει, mit Hinweglassung des ἐγγύας; so ist der Text vollkommen richtig.

selbst den Vormund bestellt hatte, ist ein Unterschied zu machen, ob sie sich einer vorsätzlichen Pflichtverletzung schuldig gemacht haben, oder einer bloßen Nachlässigkeit. Im ersten Falle haftet jede Magistratsperson in solidum. In dem letztern, aber hat man es für billig gehalten, daß jeder nur zu seinem Antheil hafte, also nach dem Verhältniß der Anzahl der Mitglieder des Collegiums. So entscheidet Juventius Celsus *libro XI. Digestorum*, woraus die *L.* 7. *D. h. t.* genommen ist, welche also lautet:

In magistratus, qui tutorem dederunt, rogo rescribas [47]), utrum pro virili portione actio danda sit, an optio sit eius, qui pupillus fuit, cum quo potissimum agat? Respondit, si dolo fecerunt magistratus, ut minus pupillo caveretur, in quem vult, actio ei danda in solidum est: sin culpa duntaxat eorum, neque dolo malo id factum est, aequius esse existimo, pro portione in quemque eorum actionem dari, dum pupillo salva res sit.

Hiernach ist also das Rescript des Kaisers Gordianus an den Probianus *L.* 3. *C. h. t.* zu modificiren, welches den Municipalobrigkeiten bey der Verantwortlichkeit für eigene Ernennung von Vormündern ohne Unter-

47) Der Name des Anfragenden, den Celsus, wie wir aus andern Fragmenten seiner Werke wissen, *L.* 3. §. 1. *D. de minorib. L.* 16. *D. Mandati. L.* 58. *D. Pro Socio. L.* 43. *de legat. III. L.* 18. *D. de iure codicill. L.* 27. *D. Qui testam. fac. poss.* sonst nicht zu verschweigen pflegt, ist in diesem Responsum von den Compilatoren der Pandecten weggelassen, und auch sonst dieses Fragment sehr verstümmelt worden, wie Dirksen in den civilist. Abhandlungen 1. B. S. 216. und 223. bemerkt hat.

schied das Beneficium divisionis giebt [48]). Es lautet folgendermaßen:

Si tu et collega tuus, cum magistratu fungeremini, minus idoneum tutorem dedistis, cautionemque idoneam non exegistis, nec alias servari pupillo indemnitas potest, et utrique solvendo estis: pro virili parte in vos actionem dari, non iniuria postulabis. Dat. VIII. Kalend. Novemb. Pio et Pontiano Conss. 239.

Nicht so, wie der Magistrat, haften die Erben. Jener ist für jede Culpa, diese aber sind nur wegen grober, an den Dolus gränzenden Nachlässigkeit ihres Erblassers, verantwortlich, wie Ulpian *libro III. Disputationum* [49]) lehrt, wo es heißt:

Non similiter tenentur heredes magistratuum, ut ipsi tenentur: nam nec heres tutoris negligentiae nomine tenetur: nam magistratus quidem in omne periculum succedit, heres ipsius dolo proximae culpae succedaneus est.

An einem andern Orte *libro I. ad Edictum* [50]) bemerkt Ulpian, es sey darüber ein Rescript von Divus Pius vorhanden. Er sagt daselbst:

Quod ad heredem magistratus pertinet, extat Divi Pii rescriptum, causa cognita debere dari actionem: nam magistratus si tanta fuit negligentia, ut

48) S. *Ant.* Fabri Jurispr. Papin. Scient. l. c. Illat. 49. pag. 1009. Scheinemann Diss. cit. Th. XXIV. und Gebauer Diss. cit. Cap. I. §. 9. in fin.

49) *L. 4. D. h. t.*

50) *L. 6. D. h. t.*

omnem cautionem omitteret, aequum est haberi eum loco fideiussoris, ut et heres eius teneatur: si vero cavit, et tunc idonei fuerunt, et postea desierunt, sicut et ipse magistratus probe recusaret hanc actionem, ita et heres multo iustius. Novissime non alias ait in heredem actionem dandam, *quam si evidenter magistratus cum minus idoneis fideiussoribus contrahunt.*

Eben dieses bestätigte nochmals Kr. Alexander in einem Rescript an den Paternus.

L. 2. *C. h. t.* In heredes magistratus, cuius non lata culpa idonee cautum pupillo non est, non solet actio dari. PP. III. Non. Jul. Juliano II. et Crispino Conss. 224.

Hatte der Präses der Provinz die Vormünder selbst bestellt, aber auf eingeforderten Bericht der Magistrate über den Vermögenszustand der von ihm selbst genannten Personen; so sollen die Magistrate nach einem Rescript von Divus Marcus, nicht so haften, als wenn sie die Vormünder bestellt hätten, sondern nur absichtlich unwahre Angabe soll sie verantwortlich machen, wie Ulpian referirt *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

Si Praeses provinciae renuntiare magistratus tantum de facultatibus tutorum voluit, ut ipse daret, videamus, an et quatenus teneantur? Et extat *Divi* Marci rescriptum, quo voluit eos, qui Praesidi renuntiant, non perinde teneri, atque si ipsi dedissent: sed si deceperunt, gratia forte aut pecunia, falsa renuntiantes.

Eben so ist es, wenn der Präses der Provinz die Municipalobrigkeiten beauftragt hatte, sich von den Vor-

mündern Caution durch Bürgen bestellen zu lassen, und der Präses die Vormünder selbst bestellt hat, wie aus dem nachfolgenden Worten erhellet:

Plane [51]), si Praeses provinciae satis eos exigere iussit, non dubitabimus teneri eos, etiam si Praeses dederit.

Haben die Municipalobrigkeiten dem Präses der Provinz entweder die Subjecte in Vorschlag gebracht, welche von demselben zu Vormündern sind bestellt worden, oder waren sie blos beauftragt, die dem Präses von Andern zu Vormündern vorgeschlagenen Subjecte zu prüfen, und ihm über ihre Qualification die nöthige Auskunft zu geben; so haften sie auch nur, insofern sie sich dabey eines Dolus oder einer lata culpa schuldig gemacht haben. Ulpian sagt §. 3.

Si Praeses provinciae, nominibus ab alio acceptis, ad magistratus municipales remiserit, ut se [52]) de nominibus instruant, et perinde [53]) instructus dederit tutores, an exemplo eorum, qui Praetorem instruunt, debeant magistratus teneri, quaeritur: utique enim interest, utrum ipsi magistratus

51) In den *Basilicis* h. t. Tom. V. pag. 109. heißt es: *εἰ δὲ τοῦ ἄρχοντος δεδωκότος τὸν ἐπίτροπον, αὐτὸς ἐκελεύθη λαβεῖν τὰς ἐγγύας, ὑπόκειται*: i. e. *Itemque si Praeses, qui tutorem dedit, eum satis accipere iussit.*

52) *Se* steht hier für eum, und geht auf den Präses. So gebraucht das *Se* auch Lactantius in *Carm. de Phoenice* v. 60.

53) Die Lesart *exinde* bey Haloander, welche auch Miräus und Beck haben, scheint richtiger zu seyn.

nomina electa dederint Praesidi, an ea, quae ab alio Praeses accepit, inquisierint. Et puto utroque casu sic teneri, quasi [54]) dolo vel lata culpa versati sunt.

Der Magiſtrat kann ſich auch zu ſeiner eigenen Deckung von den Vormündern Bürgen auf den Fall ſtellen laſſen, wenn er von dem Mündel in Anſpruch genommen werden ſollte, um ihn dann zu entſchädigen. In dieſem Falle kann ſich der Mündel, wenn er die Vormünder und deren Bürgen, welche rem pupilli salvam fore verſprochen hatten, vergebens ausgeklagt hat, und nun den Magiſtrat in Anſpruch nimmt, die Klagen gegen die Bürgen, die denſelben ſchadlos zu halten ſich verpflichtet haben, abtreten laſſen, er kann aber auch ohne Ceſſion gegen ſie actione utili klagen. So reſcribirt der Kaiſer Antoninus an den Mutianus *L.* 1. *C. h. t.*

Si magistratus a tutoribus seu curatoribus, quos tibi dederint, seu nominaverint, stipulati sunt, se eo nomine indemnes futuros, et si quid praestitissent, repetituros [55]), inque eam rem fideiussores acceperunt: extra rem salvam fore satisdationem, actio, quam adversus tutores seu curatores tuos instituisti, alienam obligationem non resolvit. Sed adversus magistratus, qui curatorem dederunt, *actio utilis* [56]) ita demum competit, si universis bonis

54) Halvander lieſt *quatenus*. Das Wort *Quasi* hat aber wirklich zuweilen die Bedeutung von Quatenus, wie Brissonius de Verb. Signif. voc. *Quasi* nr. 6. aus mehreren Geſetzſtellen bewieſen hat.

55) Mehrere Ausgaben leſen recepturos, z. B. Halvander, Ruſſardus, u. a. Die meiſten haben jedoch repetituros.

56) Dieſe actio utilis iſt keine andere, als die actio subsidia-

excussis, revocatisque, quae eum in fraudem alienasse constiterit, indemnitati tuae in solidum satisfieri non potuit. Quam si exercueris, mandatis tibi ab eis actionibus adversus fideiussores, quos acceperunt, consistere potes, licet utilem actionem sine cessione habeas. Accepta [57]) Non. Januar. Duobus Aspris Conss. 212. [58]).

Man hat bey diesem an sich klaren Gesetz Schwierigkeiten gefunden [59]), welche jedoch, wenn wir damit die Basiliken [60]) vergleichen, gänzlich verschwinden werden. Diese haben unser Rescript folgendermassen paraphrasirt.

Στρατηγοὶ δεδωκότες ἐπιτρόπους, ἢ ὀνομάσαντες, τουτέστι τὰ ὀνόματα αὐτῶν τῷ ἄρχοντι πέμψαντες, ἔλαβον μὲν ἐξ αὐτῶν τὴν εἰθισμένην ἐκανοδοσίαν, ὅτι τὰ πράγματα τοῦ ὀρφανοῦ σῶα ἔσται ἐπηρώτησαν δὲ αὐτοὺς ἰδικώτερον, ὅτι ἀζήμιοι μενοῦσιν οἱ αὐτοὶ στρατηγοὶ προφάσει ταύτης τῆς ἐπιτροπῆς· καὶ ἔλαβον καὶ ἐπὶ τούτοις καὶ ἄλλους ἐγγυητάς. τῶν οὖν ἐπιτρόπων κακῶς τὰ πράγματα διοικησάντων, καὶ ἀπόρων ἐνρεθέντων, καὶ αὐτῶν, καὶ τῶν ἐγγυητῶν αὐτῶν, ἐνάγονται οἱ στρατηγοὶ,

ria, wie auch Gebauer cit. Diss. Cap. I. §. 10. Not. c. bemerkt hat.

57) Der in den Subscriptionen der KK. Constitutionen öfters vorkommende Ausdruck *accepta* bezieht sich auf das Präsentatum oder die Bekanntmachung.

58) Die gewöhnliche Subscription: Duobus et Asprib Conss. 213. ist unrichtig. S. *Pet.* Rebandi Fasti Consulares p. 122.

59) S. *Ant.* Faber Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 52. pag. 1011. sq.

60) Lib. XXXVIII. Tit. 8. Const. 15. Tom. V. Fabroti pag. 113. sq.

ὀφειλόντες ποιῆσαι τὸ ἀζήμιον καὶ λοιπὸν ἐκχωροῦσι τὰς ἀγωγὰς, ἃς ἔχουσι κατὰ τῶν ἐγγυησαμένων πρὸς αὐτοὺς τὸ ἀζήμιον· κἂν δὲ μὴ ἐκχωρήσωσι, δυνάται αὐτὸς ὁ ἄνηβος τὴν ὡρισμένην ἔχειν ἀγωγὴν κατὰ τούτων τῶν ἐγγυητῶν.

Magistratus tutoribus datis, vel nominatis, id est, eorum nominibus ad Praesidem missis, solitam ab eis satisdationem acceperunt, Rem pupilli salvam fore, et separatim stipulati sunt se eius tutelae nomine indemnes futures, et in hanc rem alios fideiussores acceperunt. A tutoribus perperam negotiis gestis, et tam eis quam fideiussoribus eorum inventis non solvendo, magistratus conveniuntur, ut indemnem pupillum praestent, atque actiones cedant, quas habent adversus fideiussores, quae sibi indemnitatem promiserunt, adversus quos etiam sine cessione pupillus utilem actionem habet.

§. 1578. a.

Wem steht die actio subsidiaria zu? Hat sie auch der Vormund regressorisch gegen den Magistrat? *L.* 5. *D. h. t.*

Die actio subsidiaria steht nun nicht nur den Pupillen, und denjenigen zu, welche sich in der Curatel befanden, sondern auch deren Erben [61]). Denn sie ist nach dem Beyspiel der actio tutelae eingeführt worden. Ob sie auch dem Vormunde selbst zustehe gegen den Magistrat, wenn er den Mündel hat entschädigen müssen, ist streitig. Ulpian hat die Frage *Libro III. Disputationum* er-

61) *L.* 1. §. 4. *D. h. t.* Ulp. Non tantum pupilli, sed etiam successores eorum subsidiaria agere possunt.

örtert, und verneint sie durchaus. Die daraus genommene *L. 2. D. h. t.* lautet also.

Proponebatur, duos tutores a magistratibus municipalibus datos, cautione non exacta, eorumque alterum inopem decessisse, alterum in solidum conventum satis pupillo fecisse, et quaerebatur, *an tutor iste adversus magistratum municipalem habere possit aliquam actionem, cum sciret a contutore suo satis non esse exactum?* Dicebam: cum a tutore satis pupillo factum sit, neque pupillum ad magistratus redire posse, neque tutorem, *cum nunquam tutor adversus magistratus habeat actionem.* Senatus enim consultum pupillo subvenit: praesertim cum sit, quod tutori imputetur, quod satis a contutore non exegit, vel suspectum non fecit, si scivit, ut proponitur, magistratibus eum non cavisse.

Nach diesem Gesetz soll also die actio subsidiaria nicht weiter Statt finden, wenn der Mündel vollkommen entschädiget ist. Daher kann weder der Pupill gegen den Magistrat weiter klagen, noch der Tutor, der den Pupillen entschädiget hat, gegen denselben seinen Regreß nehmen. Denn das Senatusconsultum spricht blos vom Pupillen; es hat nur diesem Hülfe leisten wollen gegen erlittene Verletzung, wenn ihm kein anderer Weg mehr offen steht, nicht dem Vormunde, der für sich selbst sorgen kann, und sorgen muß, und an seiner Verurtheilung gewöhnlich selbst schuld ist; wie besonders auch in dem hier vom Ulpian vorgetragenen Rechtsfalle. Von zwey Vormündern, die von Municipalobrigkeiten, ohne Cautionsleistung von ihnen zu verlangen, waren ernannt worden, starb einer verarmt,

und der Ueberlebende, der noch solvent war, wurde auf das Ganze belangt, und befriedigte auch den Pupillen. Hier fiel es ja dem Verurtheilten offenbar zur Last, daß er sich nicht selbst hatte Caution von dem Mitvormunde bestellen lassen, da er wußte, daß derselben den Municipalobrigkeiten keine geleistet hatte, oder er hätte ihn wenigstens suspect machen sollen. Wie könnte also der Vormund wegen dessen, was er selbst verschuldet hat, Ersatz vom Magistrate fordern? Wie aber, wenn der Vormund, welcher den Pupillen entschädigen mußte, erweislich ganz schuldlos seyn sollte, kann er nicht wenigstens in diesem Falle gegen den Magistrat klagen? Julian hält es wenigstens nicht für unbillig. Er sagt in einer Stelle, welche aus Desselben *Libro XXI. Digestorum* [62]) genommen ist.

Quodsi tutor ab hac parte culpâ vacet, non erit iniquum, adversus magistratus actionem ei dari.

Dieß contrastirt nun freylich mit dem: NUNQUAM *tutor adversus magistratus habet actionem* des Ulpians sonderbar. Wie konnte denn nun auch Ulpian zum Entscheidungsgrunde machen: Senatusconsultum *pupillo tantum* subvenisse? Unmöglich, sagt daher Anton Faber [63]), könne dieß Julians Meinung seyn. Julian könne entweder nicht so geschrieben haben, als die gemeine Lesart hat, oder Julians Meinung habe Tribonian nicht recht verstanden, und solche daher nicht am rechten Orte angebracht. In jenem Falle müsse man durch Emendation helfen, und hier sey wohl das gelin-

62) *L 3. D. h. t.*

63) Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 48. pag. 1006. sqq.

beste Mittel, wenn man statt *non* erit iniquum, vielmehr *nonne* erit iniquum lese, so wie es in *L.* 84. *D. de acquir. hereditate* heißt. Solchemnach sey nun der Sinn: wenn gleich der Mitvormund schuldlos sey, so sey es dennoch unbillig, ihm eine Klage gegen den Magistrat zu gestatten. Nemo enim ideo teneri potest, sagt Faber, praesertim subsidiaria et extraordinaria actione, quod alii culpa aliqua imputari possit, vel non possit. In dem letzten Falle könne man der Schwierigkeit durch eine Versetzung der *L.* 3. abhelfen. Die *L.* 3. *h. t.* sey nämlich aus Juliani *libro XXI. Digestorum* genommen, aus eben dem Buche auch *L.* 5. *h. t.* Die *L.* 3. müsse also nicht mit der *L.* 2. sondern mit der *L.* 5. verbunden werden, wo Julian folgendem Fall vorträgt [64]). Zwey Vormünder, denen die Municipalobrigkeiten keine Caution hatten bestellen lassen, hatten sich in die Administration getheilt. Einer derselben starb ohne Erben, vermuthlich weil nichts zu erben da war. Nun entstand die Frage, gegen Wen der Mündel klagen solle, gegen den Magistrat, der für die Caution der Vormünder nicht gesorgt hatte, oder gegen

64) Duo tutores partiti sunt inter se administrationem tutelae: alter sine herede decessit. Quaesitum est, utrum in magistratum, qui non curasset, ut caveretur, an in alterum tutorem actio pupillo dari deberet? Respondi: aequius esse, in alterum tutorem dari, quam in magistratum: debuisse enim eum, cum sciret, pupillo cautum non esse, universa negotia curare, et in ea parte, quam alteri tutori commisisset, similem esse si, qui ad administrationem quorundam negotiorum pupilli non accessisset: nam etsi aliquam partem negotiorum pupilli administraverit, tenetur etiam ob rem, quam non gessit, cum gerere deberet.

drey andern Vormund, der noch solvent war? Julian beantwortet die Frage so, daß das Letztere billiger sey. Denn da der Mitvormund wußte, daß dem Pupillen keine Caution geleistet worden; so hätte er die Tutel allein verwalten sollen. Es fällt ihm also zur Last, daß er dem andern Vormund gleichwohl einen Theil der Administration überlassen hat. Er ist also einem Vormunde gleich zu achten, der einen Theil der vormundschaftlichen Geschäfte verwaltet, den andern aber liegen gelassen hat, und dafür muß er billig haften. Man könnte ihm auch noch weiter zur Last legen, daß er sich von dem andern Vormunde nicht selbst hat Caution leisten lassen, oder daß er denselben nicht suspect gemacht hat, wie in jenem Falle, von welchem Ulpian spricht. Kurz Julian wolle hier so viel sagen, der Grund, warum der Mitvormund vor dem Magistrate zu belangen sey, sey kein anderer, als weil er selbst nicht ausser Schuld sey. Ganz natürlich habe sich nun hier dem Julian die Frage aufdringen müssen, was nun aber in dem Falle Recht sey, wenn der Mitvormund dennoch seiner Seits ausser aller Schuld seyn sollte? Diese habe nun Julian in der *L.* 3. so beantwortet, es sey nicht unbillig, daß hier eine Klage gegen den Magistrat gestattet werde. Aber Wem denn? etwa dem Vormunde? Nein, sondern dem Pupillen. Denn die Frage war hier gar nicht von einer Klage des Vormundes, sondern des Pupillen. Es leuchte also in die Augen, daß die *L.* 3. nicht zu dem Falle gehöre, den Ulpian in der *L.* 2. *h. t.* entscheide, sondern zur *L.* 5. *h. t.* und das *ei* in der *L.* 3. nicht auf den Vormund, sondern auf den Pupillen gehe.

Auch Haloander muß eine Ahnung gehabt haben, daß es mit der *L.* 3. nicht ganz richtig sey. Er liest statt

non erit iniquum, *tamen* erit iniquum, und dieſe Lesart billigt auch Hugo Grotius [65]), wegen des *Numquam tutor* in der *L. 2. D. h. t.*

Allein gegen dieſe Emendationen ſprechen Erſtens die Baſiliken [66]). In dieſen heißt es:

Εἰ δὲ περὶ τοῦτο οὐκ ἠμέλησεν, ἐνάγει τῷ στρατηγῷ.

Fabrot überſetzt: *Quodsi tutor ab hac parte culpa vacet, aget adversus magistratum.* Nun ſteht zwar *tutor* nicht im griechiſchen Text. Allein der Zuſammenhang mit *L. 2.* bringt dieſes mit ſich. Dieſen Zuſammenhang der L. 3. mit der L. 2. erkennt auch Accurſius [67]), und erklärt das *ei* vom Tutor. Eben ſo Cujacius [68]), Gerh. Noodt [69]), Joh. Voet [70]), Elbertus Leoninus [71]), David Scheinemann [72]),

65) Florum Spars. ad ius Justinian. pag. 191. (edit. *Gebauer.* Halae 1729. 8.)

66) *Lib. XXXVIII. Tit. 8. Const. 5.* (Tom. V. Fabroti pag. 111.)

67) Gloss. ad L. 3. D. h. t.

68) Comment. in Libr. XXI. Digestor. Salvii Juliani ad L. 3. et 5. h. t. (*Opp. postum. a* Fabroto editor. Tom. III. pag. 145.

69) Comment. ad Dig. h. t. §. *Postquam.* (*Opp.* Tom. II. pag. 582.)

70) Comment. ad Pand. h. t. §. 1.

71) Emendation. Lib. II. Cap. 14. nr. 10.

72) Diss. de subsid. actione contra magistrat. Th. XXII.

Gebauer[73]), Thibaut[74]), und von Wening-Ingenheim[75]). Und zwar mit Recht. Zweytens kann es allerdings seyn, und ist auch höchst wahrscheinlich, daß Julian die ihm in L. 3. zugeschriebene Meinung in Verbindung mit dem von ihm L. 5. entschiedenen Rechtsfalle vorgetragen, und daher nicht von einer Klage des Vormundes, sondern des Pupillen gegen den Magistrat gesprochen habe. Allein es ist ja eine bekannte Regel der Hermeneutik, daß die in den Pandecten befindlichen Fragmente der Röm. Juristen nicht mehr in ihrem ursprünglichen Sinn und Zusammenhange verstanden werden können, sondern in demjenigen Sinne erklärt werden müssen, den sie jetzt in der Verbindung haben, in welcher sie in den Pandecten auf einander folgen[76]). In dieser Verbindung aber bezieht sich nun offenbar die L. 3. auf die vorhergehende L. 2. h. t. und die Worte: *non erit iniquum adversus magistratus actionem* EI *dari*, können daher offenbar auf keinen Andern, als auf den Vormund, bezogen werden. Wenn nun aber dennoch Ulpian so ganz bestimmt sagt: NUNQUAM *tutor adversus magistratus habet actionem*; so glauben wir rare von den angeführten Rechtsgelehrten[77]), die dem unschuldigen Vormunde, welcher bezahlen mußte, gegen den

73) Diss. cit. de actione tutelae advers. magistrat. Cap. I. §. 7.

74) Syst. des Pand. Rechts. §. 542. a. E.

75) Lehrb. des Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 424. (der 3. Aufl. S. 133.)

76) S. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts. §. 36. S. 151 ff. der 2. Ausg.

77) Z. B. Gebauer und von Wening-Ingenheim a. a. O.

schuldigen Magistrat geführte Klage sey, nicht die actio subsidiaria, sondern die in Fällen, wo es die Billigkeit erheischt, zulässige actio in factum, weil die actio subsidiaria eine actio tutelae sey, zwischen dem Tutor und Magistrat aber keine negotium tutelae bestehe. Nach andern[78]) soll diese Klage eine utilis negotiorum gestorum actio seyn.

§. 1379.

In welchen Fällen hat die actio subsidiaria nach dem Röm. Rechte Statt?

Die actio subsidiaria findet nach dem Römischen Rechte überhaupt Statt, wenn Municipalobrigkeiten entweder bey der eigenen Ernennung von Tutoren oder Curatoren im Auftrage des Präses oder Prätors[79]), nach dem neuern Rechte auch wohl ohne denselben[80]), oder bey der ihnen von dem höhern Magistrate abverlangten Präsentation des zur Vormundschaft tüchtigen Subjects verantwortlich geworden sind[81]). Insbesondere aber gehören hierher folgende Fälle. 1) Wenn sie, wo sie entweder vom höhern Magistrat aufgefordert waren, oder von Amtswegen sollten, keine Vormünder bestellt haben[82]). 2) Wenn

78) Z. B. Thibaut a. a. O.

79) S. den 29. Th. §. 1317. S. 431.

80) S. den Commentar a. a. O. §. 1317. a. S. 437.

81) S. Schreinemann Diss. cit. Th. VIII—XII. und Gebauer cit. Diss. Cap. I. §. IIX.

82) L. 1. §. 6. D. h. t. Magistratibus imputatur, etiam si omnino tutor vel curator datus non sit: sed ita demum tenentur, si moniti non dederint. Ideo damnum, quod impuberes vel adolescentes medio tempore passi sunt, ad eos magistratus pertinere non ambigitur, qui mu-

sie zwar Vormünder ernannt haben, aber keine tüchtigen [83]), oder auch der Präses den untüchtigen Vormund selbst auf ihre Präsentation bestellt hatte [84]). 3) Wenn sie, wo sie sollten, keine, oder keine hinreichende Satisdation von den Vormündern verlangt haben [85]); oder wenn sie 4) das Eine oder Andere verzögert haben [86]). Sollten jedoch die Vormünder zur Zeit der geendigten Vormundschaft solvent seyn; so fällt die Klage gegen den Magistrat weg [87]). Es ist aber nicht genug, daß der Vormund zur Zeit seiner Bestellung tüchtig sey. Der Magistrat muß ihn demnoch

neri mandato non paruerunt. Man verbinde damit die *L.* 1. §. 5. *D. ad Municipalem.* und *L.* 30. *C. de episcop. audient.* (l. 4.)

83) *L.* 1. §. 5. *D. ad municipal.* Ulp. vel minus idoneos elegerit. — *L.* 1. § 5. *D. h. t.* Ulp. Si curatores fuerint *minus idonei* dati, dicendum est, tenere magistratus oportere, si *ex suggestu eorum*, vel *nominibus ab eis acceptis*, Praeses dederit. Bey Beurtheilung der Idoneität eines Vormundes sieht man sowohl auf guten Ruf, als auf Vermögen. *L.* 12. §. 1. *in fin. D. de Verb. Oblig. L.* 1. §. 10. *et* 11. *D. h. t.* S. Schreinemann Diss. cit. Th. IX.

84) S. Schreinemann cit. Diss. Th. X.

85) §. 2. *J. de Satisdat. tut. et curat. L.* 1. §. 17. *D. h. t. L.* 2. §. 5. *D. ad Municipal.*

86) *L.* 1. §. 7. *D. h. t.* Sciendum autem est, si magistratus municipales *data opera tutelam distulerint in successores suos, vel si satisdationem data opera traxerint, quoad successores accipiant*, nihil eis prodesse.

87) *L.* 1. §. 12. *h. t.* Sed et si satis non exegit, idoneus tamen tutor eo tempore fuit, quo tutelae agi potest, sufficit. Man vergleiche auch *L.* 53. *D. de administr. et peric. tutor. et curat.*

auf den Fall, daß er verarmen sollte, Caution leisten lassen. Bey den Fidejussoren der Vormünder hingegen wird nur erfordert, daß sie bey Bestellung derselben solvent gewesen sind [88]), welches jedoch in vorkommenden Fällen immer der Magistrat zu beweisen hat [89]); für künftige Unglücksfälle darf der Magistrat nicht haften. 5) Wenn die Municipalobrigkeiten den Präses der Provinz auf eingeforderten Bericht über den Vermögenszustand der von ihm selbst bezeichneten, oder von Andern ihm in Vorschlag gebrachten Personen, um sie selbst zu Vormündern zu ernennen, absichtlich falsch berichtet haben [90]). Endlich 6) wenn der Magistrat bey der ihm aufgetragnen Schätzung der Satisdation nicht pflichtmäßig verfuhr [91]).

88) *L.* 1. §. 11. *D. h. t.* Si magistratus ab initio tutorem idoneum dedit, et satis non exegit, non sufficit: quodsi satis exegit, et idoneum exegit (*Basil.* Tom V. p. 110. ἔλαβεν, *accepit*, Brenkman will lieber *elegit*;) quamvis postea facultatibus lapsi sint tutores vel fideiussores, nihil est, quod ei, qui dedit, imputetur: non enim debent magistratus futuros casus et fortunam pupillo praestare.

89) *L.* 1. §. 13. *D. h. t.* Probatio autem non pupillo incumbit, ut doceat, fideiussores solvendo non fuisse, cum acciperentur, sed *magistratibus*, *ut doceant eos solvendo fuisse.* Man verbinde damit die *L.* 11. *D. de probat.* und *L.* 3. *C. eodem.* (IV. 19.) S. auch Schrinemann Diss. Th. XVI. und besonders Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. VI. S. 247. f.

90) *L.* 1. §. 2. *et* 3. *D. h. t.* S. Schrinemann cit. Diss. Th. X. in fin. Man vergleiche aber hier doch vorzüglich *Ant.* Faber Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Hal. 45. pag. 1001 — 1003.

91) *L.* 1. §. 8. *D. h. t.* S. Faber c. l. Hal. 46.

§. 1379. a.

Natur der actio subsidiaria.

Die Klage gegen den Magistrat geht nun auf Ersatz alles Schadens, welcher dem Kläger aus dem Verschulden des Beklagten in den bemerkten Fällen erwachsen ist [92]). Es wird also zur Begründung derselben erfordert, 1) von Seiten des Klägers wirklich erlittener Schade an dem Vermögen desselben, 2) auf Seiten des Beklagten imputable Schuld [93]). Nach einem Rescript der Kaiser Severus und Antoninus kann sie auch auf Zinsen gerichtet werden, wo sie der Kläger zu seiner völligen Schadloshaltung fordern kann [94]). Modestinus hat diese Frage *libro IV. Pandectarum* erörtert. Die daraus genommene *L. ult. h. t.* lautet also:

An in magistratus actione data, cum usuris sors exigi debeat, an vero usurae peti non possint, quoniam constitutum est, poenarum usuras peti non posse, quaesitum est? Et rescriptum est a divis Severo et Antonino, *et usuras peti posse, quoniam eadem in magistratus actio datur, quae competit in tutores.*

Der Grund wird also darin gesetzt, weil die actio subsidiaria keine Pönalklage, sondern eine actio rei persecutoria ist, wie die actio tutelae, welche hier gegen den Magistrat eben so, wie gegen den Vormund, gestattet wird [95]). Der Pupill verfolgt also seine Entschädigung

92) S. Schmidt's Lehrb. von gerichtl. Klagen und Einreden. §. 1250.

93) S. Schneidemann Diss. cit. Th. XXXI.

94) Schneidemann Th. XXXII.

95) *L. 1. §. 6. D. h. t. L. 5. C. h. t.* Man sehe *Ant. Fa-*

gegen den Magistrat in eben dem Umfange, als wenn er gegen den Vormund selbst klagte.

Die Klage ist jedoch nicht privilegirt. Weder ein persönliches Privilegium kommt dem Kläger gegen die Obrigkeit zu, noch eine Hypothek auf dem Vermögen derselben. Denn diese läßt sich ohne ein Gesetz nicht annehmen, welches hier nicht existirt, und das persönliche Vorzugsrecht wird in den Gesetzen dem Pupillen mit ausdrücklichen Worten versagt [96]).

§. 1380.

Heutiges Recht.

Wenn gleich die deutschen Reichsgesetze von einer subsidiären Klage gegen die Obrigkeit ausdrücklich nichts enthalten; so liegt sie jedoch im Geist derselben, und es läßt sich daher der heutige Gebrauch derselben, so weit

ber Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 51. pag. 1010. sq. Scheinemann Th. IV. und Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. IV. Cap. 1. §. 35.

96) *L.* 1. §. 14. *D. h. t.* Privilegium in bonis magistratus pupillus non habet. S. Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 4. und den 19. Th. des Commentars. §. 1088. S. 160. Nach einer Verordnung der Kaiser Valentinian und Theodosius *L.* 1. *in fine C. de tutorib. vel curator. illustr. vel clariss.* (V. 33.) scheint jedoch bey solchen Pflegbefohlnen, die zu den personis illustribus und clarissimis gehörten, eine Ausnahme Statt gefunden zu haben. Von diesen heißt es: In provinciis autem curiales in nominandis tutoribus et curatoribus clarissimarum personarum exhibeant debitam cautionem et discriminis sui memores cognoscant *indemnitati obnoxios etiam suas deinceps esse facultates.*

nämlich die Klage, nach unserer heutigen freylich sehr veränderten Gerichts- und Rechtsverfassung, jetzt noch anwendbar ist, mit Grund nicht läugnen. Wir können demnach die alte Streitfrage der Practiker, ob die actio subsidiaria adversus magistratus noch jetzt zu gebrauchen sey[97]), um so mehr auf sich beruhen lassen, als sich die Praxis nun schon längst dafür entschieden hat[98]), und auch die meisten deutschen Landesgesetze[99]) den Pflegbefohlnen eine Klage gegen das vormundschaftliche Gericht gestatten, wenn dasselbe bey Bestellung der Vormünder oder bey Führung der

97) Man vergleiche Gebauer cit. Diss. Cap. II. §. 2. Die Meinung Treutlers Vol. II. Disp. IX. Th. 7. Lit. E. daß die actio subsidiaria ausser Gebrauch sey, der auch *Conr.* Ritterhusius in iure Justinian. P. VIII. Cap. IX. Th. XVIII. nr. 21. beystimmt, hat schon *Reinh.* Bachov ad *Treutlerum*. Vol. II. P. I. Disp. IX. Th. 7. Lit. E. pag. 500. gründlich widerlegt.

98) S. *Sam.* Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 1. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. P. II. h. t. §. 13. Aug. a Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCXLIII. medit. 1. Jo. Ad. *Theoph.* Kind Quaestion. for. Tom. I. Cap. 14. Ernst Christ. Westphal's Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerl. Rechts, 1. B. h. t. S. 145. Müller Observat. pract. ad Leyserum Tom. III. Obs. 612. C. C. Dabelow Handbuch des Pandecten-Rechts. 3. Th. §. 296. S. 541. ff. und Mittermaier's Grundsätze des deutschen Privatrechts. §. 370. (der 3. Ausg.)

99) S. Würtenberg. Pupillenordn. Tit. 42. §. 4. Baierisches Landrecht 1. Th. Kap. 7. §. 29. Oesterreichisches Landrecht 1. Th. Hauptst. IV. §. 265. Preuß. Landrecht. 2. Th. Tit. 18. §. 301 — 303. Fränkische Landgerichts-Ordnung P. III. Tit. 21. §. 3. Oberpfälzische Vormundschafts-Ordnung §. 25. Mecklenburgische Policey und Landesordnung von 1562. Tit. von Vormundschaften S. 40. u. a. m.

Aufsicht und Direction über sie Pflichten vernachlässiget hat, wodurch den Pflegbefohlnen ein Schaden zugegangen ist, wenn andere Mittel zum Ersatz desselben mangeln. Nun fällt zwar heut zu Tage den Unterschied zwischen den höhern und niedern Magistraten, und was darauf seine Beziehung hatte, weg; allein da nach den deutschen Reichsgesetzen den Obrigkeiten bey Vormundschaften noch vielmehr zur Pflicht gemacht ist, als ihnen das Römische Recht vorschreibt; so ist die actio subsidiaria nach deutschen Rechten von viel größerem Umfange, als nach dem Röm. Rechte. Die Obrigkeit ist bey uns die Obervormundschaft, welche an allen Handlungen der Vormundschaftsverwaltung Theil nimmt, und der es besonders zur Pflicht gemacht wird, dahin zu sehen, daß die Pupillen und Minderjährigen unbetrogen, und unvernachtheilt bleiben [100]). Ihre Pflichten äussern sich daher vorzüglich darin, für taugliche Vormünder zu sorgen, und bey der Wahl derselben besonders vorsichtig zu seyn [1]), jeden Vormund zu bestätigen, sich von den Vormündern die gehörige Sicherheit bestellen, und ein Inventarium errichten zu lassen, in allen wichtigen Fällen auf die Anfrage des Vormundes nach bestem Gewissen Bescheid zu ertheilen, bey Ertheilung des Decrets zur Veräusserung der Pupillengüter alle Sorgfalt anzuwenden, besonders auf jährliche Rechnungsablegung zu dringen, und überhaupt beständige Aufsicht über die Verwaltung des Vormundes zu halten, suspecte Vormünder zeitig zu entfernen, und sonst, wie es in der Reichspolicey-Ordnung vom J. 1577. Tit. 32. §. 3. a. E. heißt, keines Vormünders Fahrlässigkeit, noch weni-

100) Reichspolicey-Ordn. von 1548. Tit. XXXI. §. 1. und vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 1.

1) S. den 29. Th. §. 1318. a. S. 458. ff.

der Vervortheilung bey seinem Pflegkind, oder dessen Güter ungestraft hingehen zu lassen [2]). Vernachlässigt nun die Obervormundschaft eine dieser Pflichten, und der Pflegbefohlne kommt dadurch in Schaden, so ist die Entschädigungsklage gegen die säumige Obrigkeit begründet, wenn kein anderes gesetzmäßiges Mittel, den Pflegbefohlnen zu entschädigen, mehr übrig ist. Die Klage gegen die Obrigkeit geht also jetzt viel weiter, als nach Römischem Rechte, da sie nicht blos in den einzelnen römischen Fällen (§. 1379.), sondern überall Statt findet, wo die Obermundschaft eine Vernachlässigung ihrer Pflichten zu Schulden gebracht hat, auch gegen jedes obervormundschaftliche Gericht geht [3]). Weil jene obervormundschaftliche Pflichten nicht den einzelnen Personen, aus denen das obervormundschaftliche Gericht besteht, sondern dem ganzen Gericht, in sofern es eine moralische Person vorstellt [4]), obliegen; so sind nicht blos diejenigen Mitglieder des Gerichts verantwortlich, welche zur Zeit der Verhandlung vormundschaftlicher Gegenstände im Gericht gegenwärtig waren, sondern das ganze Gericht, so daß die Culpa, die auch nur ein Mitglied des Gerichts zu Schulden gebracht hat, von allen Mitgliedern desselben vertreten werden muß [5]). Denn die Bestellung der Vormünder, so

2) S. Mittermaier a. a. O.

3) S. Gebauer Diss. de actione tut. adv. magistrat. Cap. II. §. 7. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 2. *Jo.* Schulter Prax. Jur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 200. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 757. a. E. (3. Ausg.) und von Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 424.

4) *L.* 25. *D. ad Municipal.*

5) S. Hugo Quaest. for. c. 1. Man vergleiche auch *Jo.*

wie die Verhandlung der vormundschaftlichen Angelegenheiten geschieht kollegialisch. Die Klage kann daher gegen das Gericht selbst angestellt werden. Sofern jedoch den Mitgliedern des Collegiums das Beneficium divisionis zusteht, kann ihnen auch das Beneficium excussionis nicht versagt werden gegen diejenigen, und deren Erben, durch deren Vernachläßigung oder Handlung der Schade zunächst entstand [6]). Die Erben haften aber auch heut zu Tage nur für grobes Versehen ihres Erblassers [7]). Der Nachfolger im Amte ist jedoch für ein Versehen seines Vorgängers in der Regel nicht verantwortlich, er hätte denn etwa dasselbe leicht entdecken, und die schädlichen Folgen davon in Zeiten abwenden können, er haftet aber auch nur dann, wenn ihm deshalb ein grobes Versehen zur Last fällt [8]). Es versteht sich, daß der Nachfolger nur dann erst in Anspruch genommen werden könne, wenn der Pflegbefohlne von dem Vorgänger, oder dessen Erben nicht entschädiget werden konnte [9]).

Flor. Rivini Diss. de culpa ab uno Collegarum commissa a toto collegio praestanda. *Lips.* 1742. 4.

6) G. Lauterbach Colleg. Pand. h. t. §. 7. Glauer c. l. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bavar. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 29. Nr. 2. von Wening Ingenheim Lehrb. des Civilrechts. a. a. O.

7) Lauterbach Colleg. cit. h. t. §. 8. und von Kreittmayr a. a. O. Nr. 1.

8) *L.* 156. §. 2. *D. de Reg. iur. L.* 13. *C. de Decurion.* G. *Car. Frid. Christ.* Boerner Diss. An et quatenus collegium culpam ab uno alterove ex suis membris vel antecessoribus commissam praestare teneatur? *Goetting.* 1741. 4. §. XXXI—XXXIII.

9) Hiermit stimmt auch das Preußische Landrecht 2. Th. 18. Tit. §. 306 und 307. überein. Man vergl. auch von

Wegen des Beweises bey dieser Klage ist man jedoch nicht einig. Nach der Vorschrift des Röm. Rechts [10] soll nicht dem Pupillen der Beweis der Verschuldung, sondern dem Magistrate, also dem Beklagten, der Beweis aufgelegt werden, daß die Vormünder und deren Bürgen zur Zeit ihrer Bestellung und Annahme nicht untüchtig, sondern sicher und gut gewesen wären. Allein mehrere [11] glauben, daß hierin das Römische Recht durch die allgemeine Vorschrift des Canonischen Rechts [12], quod tanta sit iudiciaria auctoritas, *ut praesumi debeat, omnia legitime processisse*, donec contra iudicem aliquid legitime comprobetur, aufgehoben worden sey. Nun ist es zwar allerdings der Würde des richterlichen Amtes gemäß, voraus zu setzen, daß jeder Richter in allen Fällen pflichtmäßig zu handeln geneigt sey. Daraus folgt aber noch nicht, daß wenn die Frage entsteht, ob der Richter in einem bestimmten Falle seine Pflicht erfüllt habe, derselbe die geschehene Erfüllung zu beweisen nicht schuldig wäre. Denn man erwäge, daß die Pflicht der Obrigkeit, für tüchtige Vormünder und Bürgen zu sorgen, und für den aus Vernachläßigung derselben entstandenen Nachtheil zu haften, gesetzlich begründet sey, welche der Richter anerkennen muß, und an sich nicht ablehnen kann. Will nun derselbe in dem Falle, da er actione subsidiaria belangt wird, zur Abwendung der Klage vorschützen, er

Zeiller Commentar über das Oesterreichische Gesetzbuch. 1. B. §. 263. S. 533.

10) *L.* 1. §. 13. *D. h. t.* *L.* 12. *D. de probationibus.*

11) Gravina Diss. cit. Cap. IV. §. 5. und Bocerus cit. Diss. §. XLIII.

12) *Cap.* 16. *X. de sponsal. et re iudic.* (II. 24.) *Cap.* 6. *X. de renunciat.* (I. 9.)

bey ausser Schuld, die Vormünder oder deren Bürgen seyen zur Zeit ihrer Bestellung und Annahme sicher und gut gewesen; so ist ja dieses eine Ausflucht, welche der in Anspruch genommene vormundschaftliche Richter, da sie nur auf seine Befreyung abzielt, auch billig beweisen muß [13]. Nam probatio exigenda est ab his, sagt Celsus [14], (*quorum officii fuit providere, ut pupillo caveretur*). Daher liegt in der Regel immer dem öffentlichen Beamten, welcher der Vernachläßigung seines Amts beschuldiget wird, die Last der Beweisführung auf, daß er in den bestimmten Fällen, wovon die Frage ist, die pflichtmäßige Thätigkeit angewandt habe [15]. Nur wenn die Erfüllung der Pflicht auf einer verneinenden Handlung beruht, wird die geschehene Erfüllung rechtlich vermuthet [16].

Man wendet nicht ohne Grund die subsidiarische Klage auch gegen Aufseher kirchlicher Administrationen an [17]. Denn das Canonischpäbstliche Recht legt den Kirchen und frommen Stiftungen die Rechte der Minderjährigen bey, und stellt die Verwalter ihres Vermögens den

13) *L.* 19. *D. de probation.* S. Adolph Diet. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. VI. Nr. 20. S. 247 f. und Nep. Borst über die Beweislast im Civilproceß. §. 81. S. 150.

14) *L.* 11. *D. de probat.*

15) S. *Ern. Christ. Gottl.* Schneiders vollständ. Lehre vom rechtl. Beweise in bürg. Rechtssachen. (*Giess.* u. *Darmstadt* 1803.) §. 30. S. 29.

16) S. Schneider a. a. O. S. 19. f.

17) S. Christ. Aug. Günther rechtliche Bemerkungen. 1. Th. (Helmstädt 1802.) Nr. VII. S. 32 — 36.

Vormündern gleich [18]). Ihnen liegen daher auch dieselben Verbindlichkeiten, wie den Vormündern, ob [19]). Was also von der Sicherstellung der unter vormundschaftlicher Verwaltung stehenden Güter, und von deren Verabsäumung gilt, findet auch bey der Verwaltung kirchlicher Güter Statt. Wenn daher Jemand mit einem Verwalter kirchlicher Güter in einem solchen Verhältniß steht, daß er gleichsam als dessen Obervormund anzusehen ist; so tritt auch diese Verantwortlichkeit in Ansehung der Handlungen des letztern ein, weil ihm denn auch dieselbe Sorge für die Sicherheit und nützliche Verwaltung der Güter obliegt. Gesetzt also, er hätte entweder bey der Anstellung des Verwalters durch Auswahl eines untüchtigen Subjects, oder durch Unterlassung der erforderlichen Cautions-Auflage, oder auch während der Verwaltungszeit durch verabsäumte Abforderung der alljährlich abzulegenden Rechnungen, oder sonst eine Pflichtvernachlässigung zu Schulden gebracht, so muß der kirchliche Aufseher, als Obervormund, für das, was die Kirche an den Verwalter ihrer Güter zu fordern hat, und von demselben, oder dessen Erben nicht erlangen kann, unstreitig haften.

Daß übrigens die subsidiaria actio nur selten vorkommt, liegt in der Natur der Sache [20]).

18) *Cap.* 3. *X. de in integr. restitut.* (I. 41.)

19) *Clem.* 2. *de religios. domib.* (III. 11.)

20) S. Kind c. l. in fin.

Lib. XXVII. Tit. IX.

De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis.

§. 1381.

Geschichte des Verbots von Veräusserung der Pupillen-Güter.
1) Aelteres Recht vor Septimius Severus.

Zu den vielen Rechtsmitteln, welche die Gesetze zu Gunsten der Pupillen und Curanden eingeführt haben, gehört auch die Klage gegen die Käufer und Besitzer, wenn Sachen derselben auf eine gesetzwidrige Art veräussert worden sind. Eine der wichtigsten Verordnungen des Röm. Rechts über Veräusserungen von Sachen der Pflegbefohlnen war unstreitig das unter Septimius Severus, auf eine Oratio von ihm, verfaßte Senatusconsultum. Da sich die Fragmente der Röm. Juristen, welche dieser Titel enthält, nur auf diesen Senatsschluß beschränken; so ist es nöthig, eine Geschichte dieser Rechtslehre [a]) vorauszuschicken.

a) S. *Christ. Gottl.* Haubold Historiae iuris civ. Rom. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine de-

Nach dem ältern Rechte, welches vor den Zeiten des Septimius Severus galt, konnte der Vormund alle Sachen seines Mündels, sowohl bewegliche, als unbewegliche, allein und für sich veräussern, ohne hierin an die Zustimmung der Obrigkeit gebunden zu seyn [22]). Es mußte nur die Veräusserung in das Gebiet der Administration gehören. Denn in Hinsicht der Administration ward der Vormund eben so angesehen, als ob er selbst Eigenthümer wäre. Er war, wie die Gesetze [23]) sagen, domini loco. Nur der Pupill selbst konnte ohne Auctorität seines Vormundes gültig nichts veräussern, wenn er auch kein Kind mehr war. Pupillo, sagt Gajus [24]), nullius rei alienatio sine tutore auctore concessa est. Doch war ein Unterschied zwischen der Tutel der Frauenspersonen, und der Pupillen. Bey den letzteren galt es gleichviel, die Sache mochte ein res mancipi oder nec mancipi seyn. Frauenspersonen aber konnten wenigstens res nec mancipi ohne ihren Tutor gültig veräussern. Gajus und Ulpian bemerken diesen Unterschied ausdrücklich. Erster [25]) sagt:

Nunc admonendi sumus, neque feminam, neque

creto non alienandis vel supponendis Specim. I. *Lipsiae* 1798. 4. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 246.

22) *L.* 1. §. 2. *D. de admin. tut. L.* 8. §. 1. h. t. S. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Ait Oratio. (Tom. II. *Opp.* pag. 584.)

23) *L.* 27. *D. de administr. et peric. tutor. L.* 7. §. 3. *D. pro emt. L.* 66. §. 4. *D. de furt. L.* 167. *pr. D. de Reg. iur.*

24) *Institut.* Comment. II. §. 84.

25) *Institut. Comm. II.* §. 80. §. 2. *J. Quib. alienare* &c. (II. 8.)

pupillum sine tutore auctore rem mancipi alienare posse: nec mancipi vero feminam quidem posse, pupillam non posse.

Ebenso Ulpian[26]: Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus, — si rem mancipi alienent. Pupillis autem hoc amplius etiam in rerum nec mancipi alienatione tutoris auctoritate opus est.

Auf diesen Unterschied bezieht sich, was Cicero[27] sagt: Non, quemadmodum quod mulieri debeas, recte ipsi mulieri sine tutore auctore solvas, ita quod aut pupillae aut pupillo debeas, recte possis eodem modo solvere. Denn auch die Annehmung einer Zahlung ist eine Art von Alienation, sagt Theophilus[28], weil der Schuldner dadurch von seiner Verbindlichkeit befreyt wird. Sie darf daher nicht ohne vormundschaftliche Auctorität geschehen. Daß aber Geld eine res nec mancipi sey, lehrt Gajus[29].

Schon sehr früh galt also der Grundsatz, daß ein Pupill ohne Auctorität des Vormundes nichts veräussern dürfe. Eine solche Veräusserung, die ohne vormundschaftliche Auctorität geschehen war, war ipso iure nichtig[30], und bedurfte keiner in integrum restitutio[31].

War die Veräusserung vom Tutor selbst geschehen, so

26) *Fragm. Tit. XI.* §. 27.

27) *Topica cap.* 11.

28) *Paraphr. gr. ad Tit. J. Quib. alien. lic.* §. 2. Tom. I. pag. 313. edit. *Reitz.*

29) *Comm. II.* §. 81.

30) L. 189. *D. de Reg. iuris.*

31) *L.* 16. *pr. D. de Minorib.*

war sie nur dann nichtig, wenn derselbe die Grenzen der Administration überschritten hatte, d. h. wenn die Veräusserung eine solche war, welche mit der Administration in gar keiner Verbindung stand, wie z. B. Manumissionen, Dedicationen und Schenkungen[32]). Geschahe hingegen die Veräusserung administrationis causa[33]), so war sie zwar an sich gültig; war jedoch der Pupill dadurch verletzt, so stand ihm ein doppelter Weg offen. Er konnte, sofern der Tutor dabey eine Culpa oder wohl gar einen Dolus hatte zu Schulden kommen lassen, tutelae iudicio gegen denselben klagen[34]), oder die in integrum restitutio suchen[35]). Denn der Prätor hatte die Lex Plaetoria, die eigentlich nur die Minderjährigen gegen dolose Verkürzungen schützen sollte[36]), auf alle Verletzungen derselben ausgedehnt, sie mochten mündig, oder noch unmündig seyn[37]).

Bey der Cura furiosorum und prodigorum mußte dem Curator das ganze Veräusserungsgeschäft um so mehr überlassen werden, weil jene, wie Paulus[38]) sagt, wegen Mangel des Verstandes, gar kein Geschäft schließen

32) S. den 30. Th. des Commentars §. 1333. S. 227. f.

33) Julianus sagt *L. 7. §. 3. D. Pro emtore* (XLI. 4.): Tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, *cum tutelam administrat.*

34) *L. 1. §. 2. in fin. D. de tutelae et ration. distrah.*

35) *L. 47. pr. D. de minorib.*

36) Cicero *de natura Deor.* Lib. III. cap. 30. und *de Officiis.* Lib. III. cap. 15.

37) *L. 10. D. de Minorib.* Haubold cit. Diss. Cap. I. §. 1. pag. 4.

38) *L. 5. D. de Reg. iur.* und §. 8. *J. de inutil. stipulat.*

Männer, diese aber wegen ihrer verschwenderischen Haushaltung den Rasenden gleichgeachtet werden [39]). Es konnte daher von diesen eine Veräusserung um so weniger geschehen, da ihnen alles Commercium untersagt war [40]). Dem Vormunde aber konnte mit der Verwaltung des Vermögens das darin begriffene Veräusserungsgeschäft um so sicherer überlassen werden, da diejenigen, welchen die Gesetze der XII Tafeln die Curatel übertrugen, eben diejenigen waren, welche die nächste Hoffnung hatten, den Curanden, wenn derselbe in diesem Zustande verstarb, dereinst zu beerben [41]). Daher sagt Gajus [42]):

Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum.

Dieß ist das ius vetus, dessen Ulpian *libro II. de omnibus Tribunalibus* [43]) gedenkt, wenn er die Frage aufwirft:

Sed si curator sit furiosi, vel cuius alterius, non adolescentis, videndum est, utrum *iure veteri* valebit venditio, an hanc orationem admittemus?

39) *L.* 40. *D. de reg. iur. L.* 6. *D. de verb. oblig.*

40) Ulpianus *Tit. XX.* §. 13. verglichen mit *L.* 10. *pr. D. de curat. furios. L.* 3. *D. de novat.* (XLVI. 2.) und *L.* 3. *C. de in integr. restitut. minor.* (II. 22.)

41) Cicero *de invent. rhetor.* Lib. II. cap. 50. *Auctor. ad Herennium.* Lib. I. cap. 13. Cicero *de Republica* Lib. III. cap. 33. in fin. pag. 402. (edit. *Moser.* et *Creuzer.* Francof. 1826.) Ulpian. *Tit. XXII.* §. 2. G. Dirksen XII Tafel-Fragmente. S. 369. ff.

42) *Comm. II.* §. 64. Man verbinde damit die *L.* 18. *D. de curat. furios.* und *L.* 17. §. 2. *D. de iureiur.*

43) *L.* 8. §. 1. *D. h. t.*

Schwerlich kann jedoch jene Stelle des Gajus so verstanden werden, als ob sie auf eine selbstständige Sanction des XII. Tafelgesetzes hinwiese; sie deutet vielmehr wahrscheinlicher blos auf eine Folgerung aus dem in diesem Gesetz ausdrücklich anerkannten Rechte der cura legitima der Agnaten eines Wahnsinnigen, und der ihnen geradezu auch über das Vermögen desselben ertheilten potestas [44]) hin. Vielleicht gab auch die cura furiosi zu jenem Rechtssatze die Veranlassung, daß jeder Vormund, dem nicht eine bloße custodia, sondern plena administratio zusteht, domini loco sey [45]). Ob den furiosis oder prodigis gegen eine von ihren Curatoren vorgenommene Veräusserung die Restitutions-Wohlthat zugekommen sey, darüber findet sich gar keine sichere Spur. Dompierre de Jonquieres [46]) glaubt zwar, für sie streite die Analogie von Minderjährigen. Allein Haubold [47]), dessen Namen ich nie ohne Ehrfurcht und Rührung nenne, hat diese Meinung mit Recht verworffen. Soviel ist gewiß, daß man das Administrationsgeschäft ganz nach der

44) S. Dirksen Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. Kap. 10. S. 308. und Hugo Rechtsgeschichte. S. 203. der 10. Aufl.

45) S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 446. S. 928.

46) Specim. de Restitutionib. in integr. Tit. IV. §. 102. pag. 330. Man sehe auch den 6. Th. dieses Commentars. §. 465.

47) Diss. cit. Cap. I. §. 3. (in Opuscul. academ. a *Car. Frid. Christ.* Wenck edit. eoque defuncto a *Frid. Car. Gust.* Stieber absolut. Vol. II. *Lipsiae* 1829. 8. pag. 169.)

negotiorum gestorum obligatio beurtheilt [47]), so fern der Curator nicht die Grenzen der Administration so offenbar überschritten hatte, daß seine Geschäftsführung schlechterdings nichtig war [48]). Dieselbe cura furiosi gab auch wohl zu der bey der Curatel Statt findenden negotiorum gestorum actio Anlaß [49]).

Ein ganz anderes Recht fand bey den Minderjährigen Statt, welche die Pubertät erreicht hatten. Denn da diese, wenige Fälle ausgenommen, nur auf ihr Verlangen Curatoren erhielten [50]), und es daher seit den Zeiten des Kaisers Marcus Minderjährige gab, die gar keinen Curator hatten; so entstand nun der Unterschied, daß zwar diese gültig veräussern konnten, so daß denselben im Falle erlittener Verletzung nur die Restitution zu statten kam [52]); dahingegen diejenigen Minderjährigen, welche einen Curator hatten, nach einem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian [53]), wodurch jedoch nicht sowohl ein neues Recht eingeführt, als das bisher bestandene blos bestätiget wurde [54]), denen gleich, welche vom

48) *L.* 10. §. 1. *D. de Curat. furios.*

49) *L.* 12. *L. ult. D. eodem.*

50) *L.* 4. §. 3. *D. de tut. et rat. distrah. L.* 7. §. 2. *D. de Curat. furios.* S. Haubold c. l.

51) S. den 30. Th. dieses Commentars §. 1321. a. und *Phil.* Wasmuht Diss. ad §. 2. J. de Curator. *Lingae* 1736. 4.

52) *L.* 13. §. 1. *D. de Minorib. L.* 3. *C. de in integr. restitut. minor.* (II. 22.)

53) *L.* 3. *C. de in integr. restit. minor.*

54) S. Haubold Diss. cit. Cap. I. §. 3. Opuscul. Vol. II. pag. 172.

Prätor wegen ihrer Verschwendung unter die Curatel gesetzt worden, ohne Justimmung ihres Curators keine gültige Veräusserungen vornehmen konnten. Hatte der Curator allein, ohne Zuziehung des Minderjährigen, eine Veräusserung unternommen; so war sie zwar, sofern er dadurch die Grenzen der Administration nicht überschritten hatte, nach den Regeln des strengen Rechts gültig [55]). War sie jedoch dem Minderjährigen nachtheilig, so konnte derselbe, nach dem Beyspiel einer vom Tutor unternommenen Alienation, sowohl den Curator actione utili belangen, als auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen [56]). Es wurde nur freylich, wenn die Veräusserung gültig seyn sollte, vorausgesetzt, daß der Vormund, wo er sollte, die erforderliche Satisdation geleistet hatte. Denn eher hatte er gar kein Recht zu administriren [57]), er konnte daher auch vor der Cautionsleistung nichts gültig veräussern. Hierher gehört, was Julian *libro XXI. Digestorum* [58]) sagt:

Curator dementi datus, decreto interposito, *uti satisdaret*, non cavit, et tamen quasdam res de bonis eius legitimo modo alienavit. Si heredes dementis easdem res vindicent, quas curator alienavit, et exceptio opponetur: *Si non curator vendiderit*, replicatio dari debet: *aut si satisdatione interposita secundum decretum vendiderit.*

55) *L.* 39. §. 1. *L* 47. §. 1. *D. de Minorib. L. ult. C. Si tator vel curat. interven.* (II. 25.)

56) *L.* 3. *C. Si tut. vel curat. interven.*

57) *L.* 3. *C. de tutore vel curat. qui satis non dedit.* (V. 42.)

58) *L.* 7. §. 1. *D. de Curator. furios.*

Noch deutlicher ergiebt sich dieses aus einer zwar neuern Verordnung der Kaiser Constantius und Maximianus [59]), welche aber doch nur eine Bestätigung des ältern Rechts enthält. Sie lautet so:

Tutor, *qui satisdationem, cum satisdare debuit, minime interposuit*, nihil omnino ex bonis pupilli alienare potest. Dat. XI. Kalend. Januar. Constantio et Maximiano AA. Conss. 305.

Es kann seyn, daß Kaiser Trajan in dem auf seinen Vortrag gemachten Senatsschlusse, von welchem in dem vorigen Titel die Rede war, eben deswegen die Municipalobrigkeiten selbst dafür verantwortlich zu machen veranlaßt worden sey, wenn sie sich von den Vormündern, wo sie sollten, gar keine, oder keine tüchtige Caution hatten bestellen lassen, ja vielleicht war in demselben Trajanischen Senatus-Consultum zugleich den Vormündern verboten worden, vor geleisteter Caution Veräusserungen vorzunehmen, und die geschehenen für nichtig erklärt worden. Denn da die Municipalobrigkeiten ausser aller Verantwortung waren, wenn sie dem Vormunde die erforderliche Satisdation auferlegt hatten, es aber doch leicht geschehen konnte, daß der Vormund Veräusserungen vornahm, ehe er noch durch die gewöhnlichen Zwangsmittel (pignoribus captis) dazu angehalten werden konnte, so konnte nun freylich dem Pupillen anders nicht geholfen werden, als daß er die nichtiger Weise veräusserten Sachen vindicirte. Vielleicht deutet hierauf Gajus hin, wenn er *libro VII. ad Edictum provinciale* [60]) sagt:

59) *L.* 5. *Cod. de tutore vel curat. qui satis non dedit.*

60) *L.* 13. §. 2. *D. de publiciana in rem act.* (VI. 2.)

Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore, et *lege non prohibente*, se emisse. Sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur.

Der unsterblich verdiente Haubold [61]) meint zwar, der Name Lex deute auf die Oratio des Kaisers Septimius Severus hin, von welcher in unserm Titel die Rede ist, und glaubt hier einen neuen Beweis für seine Muthmaßung gefunden zu haben, daß Gajus noch unter Antoninus Caracalla geblüht habe. Allein daß dieses gar nicht wahrscheinlich sey, indem Gajus von den sehr wichtigen Aenderungen des Septimius Severus, welche er sicher nicht, besonders in seinen Institutionen, mit Stillschweigen übergangen haben würde, auch nicht eine berührt hat [62]); und also unter der *Lex* keineswegs die oratio *Septimii Severi* gemeint seyn könne, hat Wilh. Anton Heinr. Dittmar [63]) ausführlich gezeigt.

61) Specim. cit. Cap. I. §. 5. (in *Opusc.* Vol. II. pag. 179.)

62) S. *Ed.* Schrader's Untersuchung: Was gewinnt die Röm. Rechtsgeschichte durch *Gaius* Institutionen? (*Heidelb.* 1823. 8.) S. 38.

63) De nomine, aetate, studiis ac scriptis Gaji ICti Rom. Specim. I. (*Lipsiae* 1820. 4.) Cap. II. §. 5. pag. 98—104. Daß unter *Lex* in der oben angeführten Stelle des Gajus nicht die Oratio *Severi*, sondern ein ganz anderes Gesetz zu verstehen sey, glaubt auch der treffliche Wenck, der seinem treuen Freund Haubold leider nur zu früh für unsere Wissenschaft in die Ewigkeit nachfolgte, in der Praefatio zum zweyten Bande der von ihm edirten Opuscul. *Haubold.* pag. 28. Es paßt auch wirklich die Oration gar nicht zur Stelle des Gajus, weil jene nicht alle und jede Sachen der Pupillen, sondern nur praedia rustica und

Es mochte aber eine Veräusserung entweder von dem Vormunde selbst, oder unter dessen Beytritt von dem

suburbana, und auch diese nicht schlechterdings zu veräussern verbot. Wie konnte also rücksichtlich derselben derjenige, welcher nicht ein solches praedium, sondern irgend eine andere Sache, die gar nicht einmal unter dem Verbote begriffen war, vom Pupillen gekauft hatte, wenn er sie mit der actio Publiciana verfolgte, beweisen müssen, er habe sie nicht nur unter Auctorität des Vormunds, sondern auch, ohne dem Verbote des Gesetzes des Krs Severus zuwider zu handeln, gekauft? Es müsse also vielmehr, sagt Wenck, von irgend einem andern Gesetz hier die Rede seyn, welches die Erwerbung gewisser Sachen entweder schlechterdings oder gewissen Personen untersagt habe. Diese Ansicht scheine auch die *L.* 12. §. 4. *D. eodem* zu bestätigen, wo Paulus sagt: *Si res talis sit, ut eam* lex *aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem Praetor tuetur, ne contra leges faciat.* Wenn jedoch Wenck die Worte *lege non prohibente* auf die XII Tafelgesetze beziehen will, so ist diese Meinung noch manchem Zweifel unterworfen. Denn gesetzt auch, die Stelle des Gajus sey wirklich interpolirt, und es habe in Folge dessen, was er in seinen Institutionen *Comm. II.* §. 80. (S. oben S. 446.) lehrt, die Pandectenstelle ursprünglich so gelautet: *Qui a pupillo, vel rem mancipi a mulière emit, probare debet, tutore auctore, lege non prohibente, se emisse*, so ist noch die Frage, ob denn auch wirklich die XII Tafeln ein solches Verbot enthalten haben? Daran läßt sich nach dem, was Zimmern in der Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. §. 245. S. 921. sehr gründlich dagegen ausgeführt hat, wohl mit Recht zweifeln. Und warum ließ denn die Interpolation die Worte *lege non prohibente* stehen, wenn mit Erlöschung der Weiber-Tutel und Aufhebung des Unterschiedes der res mancipi und

Pflegbefohlnen geschehen; so war vor Septimius Severus zur Gültigkeit derselben keine feyerliche Form erforderlich [64]). Denn so viele Beyspiele von Veräusserungen der Pupillen-Güter, sie mochten unbewegliche oder bewegliche seyn, auch in den Fragmenten der Röm. Juristen, die vor Septimius Severus gelebt haben, als eines Antistius Labeo [65]), Salvius Julianus [66]), Sextus Pomponius [67]), und Quintus Cervidius Scävola [68]), welcher zwar des K. Septimius Se-

nec mancipi auch das Verbot selbst aufhörte? Denn von der Veräusserung der Pupillen-Güter sprachen gewiß die XII Tafeln eben so wenig, als von der Alienation der rerum mancipi der Frauenspersonen, welche sich in der Tutel der Agnaten befanden. Der Beweis, der Kläger habe die in Anspruch genommene Sache mit Auctorität des Vormundes von dem Pupillen gekauft, würde also auf jeden Fall bey der actio Publiciana genügt haben.

64) S. *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 1. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. Ait Oratio (Tom. II. *Opp.* pag. 584.) et §. Deinde ait Oratio. pag. 588.) *Bav.* Voorda Thesium controv. iuxta seriem Dig. Decad. XXVIII. Th. 1. pag. 377. Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. I. Not. a. pag. 160. *Joach. Maurit. Gail.* Baumann Divus Gordianus sive de vita et constitutionibus M. Antonii Gordiani III. Imp. Exercit. I. (*Lipsiae* 1792. 4.) P. II. Cap. I. §. 8.

65) *L.* 13. §. 1. *D. de Minorib.* wo Pomponius die Meinung des Labeo anführt.

66) *L.* 41. *D. de Minorib.*

67) *L.* 13. §. 1. *L.* 14. *D. Eodem.*

68) *L.* 39. §. 1. *L.* 47. §. 1. *D. Eodem. L.* 56. *D. de Administr. tut. L.* 20. *D. de excusat. tutor.*

Verus Lehrer im Civilrecht war [69]), aber doch noch vor der Oration desselben geschrieben hat [70]), vorkommen; so geschieht doch nirgends dabey eines obrigkeitlichen Decrets Erwähnung, sondern sie gedenken blos der Restitutions-Wohlthat, welche immer ein rechtsgültiges Geschäft voraussetzt. Daher wirft Ulpian [71]) beym Curator eines furiosi, oder eines andern Pflegbefohlnen, der kein Minderjähriger ist, die Frage auf, ob die von dem Curator vorgenommene Veräusserung nach dem alten Rechte gültig sey, oder nun auch die Oratio auf sie angewendet werden müsse? und beantwortet diese Frage bejahend. Er sagt:

Sed si curator sit furiosi, vel cuius alterius, non adolescentis, videndum est, utrum *iure veteri* valebit venditio, an hanc Orationem admittemus? Et puto, quia de pupillis Princeps loquitur, et coniunctim tutoribus curatores accipiuntur [72]); per-

69) Spartianus *in vita Caracallae*. Cap. 6.

70) *S. Jo. Lud.* Conradi Diss. histor. critica I. de vita et scriptis Quinti Cervidii Scaevolae ICti. *Lipsiae* 1755. Cap. II. (in *Opuscul.* Vol. I. pag. 24. 26. et 157.)

71) *L.* 8. §. 1. *D. h. t.*

72) So lesen, statt *accipiant*, wie es in der florentinischen Ausgabe heißt, *Greg.* Haloander, *Rob.* Stephanus, *Lud.* Mirabus und *Jo. Lud. Guil.* Beck. Zwar billigt diese Lesart auch *Jos. Lud. Ern.* Püttmann Probabil. iuris civ. Lib. II. Cap. IX. §. 2. pag. 62. nur will er bey den Worten *coniunctim tutoribus* das Wort cum subintelligiren. *Coniunctim accipiuntur* lesen auch mehrere Handschriften, wie Brenkman in der Note zu dieser Stelle im Gebauer. Corp. J. C. bemerkt hat. Der Sinn wäre also, weil in der Oration des K. Severus die Curatoren, näm-

tinere:[5] et de ceteris puto ex sententia Orationis idem esse dicendum.

lich der Minderjährigen, mit den Tutoren verbunden wer-
den; so könne die Oration auch auf die Curatoren der Wahn-
sinnigen und anderer nicht minderjähriger Curanden ange-
wendet werden. Andere Ausgaben, z. B. die des *Pet. ab* Arba Baudoza Cestius, und *Gail.* Merlinus lesen statt coniunctim, *coniuncti* accipiuntur. Und Taurellius bemerkt in seinen Adnotatis zur florentinischen Ausgabe, daß die Handschrift *coniuncti* lese, ob er gleich die Halsandri-
sche Lesart in seine Ausgabe aufgenommen hat. Dieser Les-
art giebt *Jo. Bern.* Koehler Interpretat. et Emendat. iuris Rom. Lib. II. (*Lipsiae* 1792. 8.) Cap. X. §. 6. pag. 118. den Vorzug, und erklärt nun mit Accursius die Stelle des Ulpians folgendermaßen: Weil der Kaiser in seiner Oration von Pupillen spricht, und nach geendigter Tutel sogleich Curatoren eintreten, so sey die Oratio Se-
veri auch auf Curatoren der Wahnsinnigen und anderer nicht minderjähriger Curanden anwendbar. Mir scheint un-
ter allen die Püttmanische Erklärung den Vorzug zu verdie-
nen. Denn auch in andern Fällen werden häufig die Cura-
toren mit den Tutoren verbunden, und was bey Tutoren gilt, auch von Curatoren behauptet. Man sehe z. B. *L.* 4. §. 25. *D. de doli mali et met. except.* (XLIV. 4.) Mit dieser Erklärung stimmt auch Pothier Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XVI. Not. e. pag. 163. überein, wenn er sagt: Sensus est: *quamvis Princeps* de pupillis *loquatur, tamen cum in hac Constitutione coniungat tutoribus curatores, certe pertinet Constitutio ad omnes Minores, tam impuberes, quam adultos. Sed et de ceteris, qui in cura sunt* (puta furiosis, prodigis etc.) *puto ex sententia orationis idem esse dicendum.* Von allen abweichend ist *Ant.* Faber in Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Pr. III. Illat. 10. pag. 766. welcher so lesen will: *Et puto, quia de pupillis Princeps loquitur, si qui coniunctim tutoribus curatores acci-*

Einen neuen, gewiß den stärksten Beweis für diese Meinung, nimmt der hochverdiente Haubold [73]) aus den Worten der Oration des Severus selbst her. In dieser Oration heißt es nämlich:

Si communis res erit, et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli accepit, ius exequatur, NIHIL NOVANDUM *censeo.*

Also in den hier angeführten Fällen soll es beym alten Rechte bleiben, das heißt, kein obrigkeitliches Decret nöthig seyn.

§. 1381. a.

Oration des K. Septimius Severus.

Dieses ältere Recht, welches den Vormündern, Tutoren und Curatoren jeder Art, bey der Veräusserung der Güter und Sachen ihrer Pflegbefohlnen freye Hand gab, und keine obrigkeitliche Erlaubniß erforderte, ward nun unter den Kaisern Septimius Severus und Antoninus Caracalla zum Theil abgeändert. Es ward nämlich auf den Antrag (Oratio) des Erstern unter den Consuln Scapula Tertullus und Tinejus Clemens, also im Jahre der Erb. Roms 984, nach Christi Geburt

piant, NON *pertinere*. Der Sinn sey nämlich der: den Worten nach gehe freylich die Oratio *Severi* nicht auf die curatores eines furiosi und prodigi, weil sie blos von Pupillen rede, welche vereint mit Tutoren auch Curatoren erhalten; allein berücksichtige man den Grund und Geist des Gesetzes, so müsse es auch auf die Curatoren der Wahnsinnigen und Verschwender erstreckt werden.

73) Cit. Specim. Cap. I. §. 5. (*Opuso.* Vol. II. pag. 179.)

195, im dritten Jahre seiner Regierung [74]), ein Senatus-Consultum gemacht, welches den Tutoren und Curatoren der Pupillen und Minderjährigen verbot, die diesen gehörigen praedia rustica und suburbana zu veräussern, ausser soweit es entweder die Nothwendigkeit erfordert, und auch da nur, wenn der Prätor deshalb ist angegangen, und von diesem nach gewissenhafter Untersuchung die Veräusserung durch Ertheilung eines Decrets erlaubt worden ist; oder aber ohne dieses, wenn die parentes der Pflegbefohlnen im Testament oder Codicillen die Veräusserung angeordnet haben; oder wenn bey einer gemeinschaftlichen Sache der Socius auf Theilung dringt; oder wenn der Gläubiger ein ihm vom Vater des Pupillen verpfändetes Grundstück, welches sonst unter dem Verbot des Gesetzes begriffen ist, in Anspruch nimmt, und sein Recht an demselben geltend macht. Ulpian hat uns den hierher gehörigen Theil der Oration aufbehalten. In einer aus Desselben *libro XXXV. ad Edictum* genommenen Stelle referirt er:

Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica et suburbana distrahere.

§. 1. Quae oratio in Senatu recitata est *Tertyllo* et *Clemente* Consulibus, Idibus Juniis.

§. 2. Et sunt verba eius huiusmodi: *Praeterea, Patres Conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia* RUSTICA *vel* SUBURBANA *distrahant, nisi, ut id fieret, parentes testamento*

74) Ueber das Zeitalter dieses Senatusconsultums vergl. Hausold Specim. historiae iur. civ. de h. Tit. Cap. II. §. 3. (*Opusc.* Vol. II. pag. 194. sqq.)

vel codicillis caverint. Quodsi forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc Praetor urbanus, vir clarissimus, adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possint alienari, obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari, obreptum esse Praetori. Si communis res erit, et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exsequetur, nihil novandum censeo.

Daß der Kaiser Septimius Severus, des Antoninus Caracalla Vater, für den wahren Urheber dieses Senatusconsultums zu halten sey, ist keinem Zweifel unterworffen. Er wird zwar vom Ulpian, so wie vom Kaiser Gordian III. [75]) und den Kaisern Diocletian und Maximian [76]) nur schlechthin Severus genennt. Es ist aber bekannt, daß unter dem Namen Severus, so oft er in den justinianeischen Rechtsbüchern erwähnt wird, immer Septimius, nie Alexander Severus verstanden werde [77]). Ueberdem beweist ja auch das Zeitalter der von Ulpian angeführten Consuln, daß der Kaiser Severus kein anderer, als Septimius seyn könne. Ob nicht auch sein Sohn, Antoninus Caracalla, an dieser Oration Antheil habe, ist zweifelhaft. Diesen Zweifel veranlaßt Paulus [78]), welcher gerade da, wo er von

75) *L. 2. C. de curat. furiosi vel prodigi.* (V. 70.)

76) *L. 9. C. de praed. et aliis reb. minor.* (V. 71.)

77) S. *Pet. de* Toullieu Collectan. iur. civ. edita a *Jo.* Wolbrn. *Groningae* 1737. 4. Diss. IV. Cap. 2. pag. 170. sqq.

78) *L. ult. D. h. t.*

der Veräusserung eines praedii rustici pupillaris spricht, der oratio *divorum Principum* gedenkt, gegen welche die Vormünder darum nicht gehandelt hätten, weil sie in Folge des ihnen vom Vater des Mündels in einem Testamente erklärten Willens geschehen sey. Daß aber die hier vom Paulus nicht genannten *Divi Principes* keine andern Kaiser sind, als Severus und Antoninus, welche er, während sie noch lebten, *nostros Imperatores* [78]), zu nennen pflegt, erhellet aus einem andern Fragment dieses Rechtsgelehrten [80]), wo er sie mit Namen nennt, und beyden ein Reskript zueignet, welches gerade einen Veräusserungsfall betrifft. Man könnte daher mit Justus Meier [81]) glauben, beyde Kaiser, Vater und Sohn, hätten an der Oration gleichen Antheil. Allein die Geschichte widerspricht dieser Meinung, welche uns lehrt, daß Antoninus Caracalla erst drey Jahre nachher von seinem Vater zum Mitregenten aufgenommen worden sey [82]). Paulus selbst schrieb daher seinen liber singularis blos *ad orationem divi Severi*, wie aus den Inscriptionen mehrerer daraus excerpirten Stellen dieses Titels [83]) erscheint. Das Räthsel löst sich jedoch, wenn man nur von der Bemerkung ausgeht, daß so wie bey diesen Kaisern zuweilen eine Verordnung nur dem einem Kaiser allein zugeschrieben

79) *L. ult. D. de hered. instituend. L. 48. pr. D. de iure fisci.* S. *Ant.* Schultingii Jurispr. vet. Antejustin. pag. 212. in fin. et 213.

80) *L. 13. D. h. t.*

81) Colleg. iur. Argentorat. h. t. §. 2.

82) S. Pagius Critica in Annales ecclesiast. *Baronii* ad ann. 198.

83) *L. 2. L. 4. L. 13. D. h. t.*

wird, die doch beyden angehört, wovon uns oben [84]) die Oratio de donationibus inter virum et uxorem confirmandis ein Beyspiel gab; eben so auch hinwiederum beyden Kaisern zugleich Verordnungen zugeschrieben werden, welche nur von dem einen derselben herrühren. Im Justin. Codex findet sich wenigstens keine einzige Constitution, deren Inschrift nicht die Namen beyder Kaiser bezeichnet, wenn gleich mehrere darunter befindlich sind, welche vom K. Septimius Severus gegeben worden sind, ehe er noch die Regierung mit seinem Sohne theilte [85]).

Soviel hiernächst den Inhalt der Oration selbst anlangt, so zeigen schon gleich die Anfangsworte derselben: *Praeterea, Patres Conscripti, interdicam* etc. daß Etwas vorausgegangen seyn müsse, und also dasjenige, was uns Ulpian als Imp. *Severi* oratio in Senatu recitata aufbehalten hat, nur ein Bruchstück derselben sey. Cornelius van Bynkershök [86]) meint, es sey wahrscheinlich in dieser Oration mehreres über die Verwaltung der Vormünder verordnet worden. Eine noch wahrscheinlichere Ahnung hatte der treffliche Haubold [87]), es könne vielleicht, sagt er, ein Kapitel, welches nicht gerade zur Veräusserung der Pupillengüter gehörte, dem, welches Ulpian

84) S. den 26. Th. dieses Commentars §. 1254. S. 92. Man vergl. auch Haubold Specim. cit. Cap. II. §. 2. (in *Opusc.* Vol. II. pag. 192. in fin. et sq.)

85) S. das Verzeichniß derselben bey *Abrah.* Wieling in Jurisprud. restituta. (*Amstelod.* 1727. 8.) pag. 112 — 118.

86) Observation. iuris Rom. Lib. VI. Cap. 8. pag. 115. (edit. *Heineccian.* Francof. et Lips. 1739. 4.)

87) Specim. cit. Cap. II. §. 1. (*Opusc.* Vol. II. pag. 186.) Man vergleiche jedoch Wenck in Not. *, pag. 187.

uns behalten hat, vorausgegangen seyn, und so ist es auch wirklich. Denn man ist jetzt ziemlich darin einverstanden, daß die *pars orationis Imperatoris* Severi, wodurch der Tutoren promiscua facultas potiores nominandi gewisse Schrancken gesetzt worden sind, welche wir nun aus den Vaticanischen Fragmenten [88]) kennen gelernt haben, zu unserer Oratio gehört, und aller Wahrscheinlichkeit nach dem Theile derselben vorausgegangen sey, welcher der Tutoren promiscua facultas alienandi ebenfalls beschränkt hat [89]).

Die Oratio Severi verbot nun den Tutoren und Curatoren der Pupillen und Minderjährigen, (denn von beyden ist in den Anfangs-Worten unserer Oration die Rede, und wenn sie gleich von Curatoren schlechtweg sprechen, so ist dieses doch von der Interpretation auf Minderjährige bezogen worden, weil, wie Ulpian [90]) sagt, die Oratio von Pupillen redet, die Curatoren aber in Verbindung mit den Tutoren genommen werden [91])) die Veräusserung der Sachen ihrer Pflegbefohlnen nicht schlechthin, sondern nur die Alienation von solchen Grundstücken,

88) *Vaticana Fragmenta de Excusatione* §. 158. S. oben §. 1358. a. S. 145. f. verb. mit S. 142. ff.

89) S. Hugo Gesch. des Röm. Rechts. S. 717. ff. der 10. Aufl. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. §. 242. S. 911. f. *Alex. Aug. de* Buchholz Juris civ. Antejust. Vaticana Fragmenta pag. 133. ad §. 158. und *Car. Frid. Christ.* Wenck Praef. ad Vol. II. Opusculor. Haubold. pag. XXXII. Not. **).

90) *L.* 8. §. 1. *D. h. t.*

91) S. Zimmern Gesch. des R. Pr. R. 1. B. §. 246. Not. 17. S. 929.

welche praedia rustica oder suburbana sind, und auch diese nicht unbedingt. Sie sollen nur nicht anders, als wenn es die Nothwendigkeit erfordert, und auch nicht ohne die Zustimmung der Obrigkeit, sondern mittelst eines pro tribunali praevia causae cognitione ertheilten Decrets, veräussert werden dürfen. Also bey beweglichen Sachen und Häusern, welche letztere in unsern Gesetzen *praedia urbana* genennt werden, soll es beym Alten bleiben [92]). Ulpian sagt *libro II. de omnibus tribunalibus* [93]), gerade in dem Buche, worin er von der Veräusserung der Pupillengüter handelte, wie aus *L.* 6. und *L.* 8. *D. h. t.* erhellet:

Urbana praedia omnia aedificia accipimus, non solum ea, quae sunt in oppidis, sed et, si forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis, et in vicis, vel si praetoria voluptati tantum deservientia, quia *urbanum praedium* non locus facit, sed materia. Proinde hortos quoque, si qui sunt in aedificiis constituti, dicendum est *urbanorum* appellatione contineri. Plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte, vel etiam olitorii, magis haec non sunt *urbana*.

92) *L.* 11. §. 5. *D. de Minorib.* S. Noodt Comm. ad Dig. §. Deinde addit. pag. 584.

93) *L.* 198. *D. de Verbor. Signif.* Ulpian handelte im zweyten Buche seiner Protribunalium auch von der Veräusserung des fundi dotalis, wie aus *L.* 5. *D. de fundo dot.* erhellet, welche aus eben dem Buche Ulpians genommen ist. Denn die Lex Julia de fundo dotali hatte in manchen Stücken eine Aehnlichkeit mit der Oratio Severi. Diese Aehnlichkeit, aber auch den Unterschied hat *Jac.* Cujacius Observat. Lib. VII. Cap. 23. durchgeführt.

Was sind nun aber praedia rustica und suburbana? Unser Pandecten-Titel giebt uns in den auf den Inhalt dieser Oration Bezug habenden Excerpten aus den Schriften der klassischen Juristen keine Erklärung dieser Ausdrücke. Allein in andern Stellen des Röm. Rechts finden wir die Eigenthümlichkeit der hier genannten praediorum bezeichnet. Diese lehren uns, daß es hierbey nicht auf die örtliche Lage, sondern lediglich auf die Beschaffenheit, den Zweck und die Art des Gebrauchs ankomme. Die Kaiser Diocletian und Maximian [94]) sagen: Si praedium *rusticum* vel *suburbanum*, quod *ab urbanis* non loco, sed *qualitate* secernitur, etc. Aus der Vergleichung dieser Stelle erklärt sich nun auch die Bedeutung des von Ulpian gebrauchten Worts *materia*. Daß es hier bey dem Unterschiede zwischen Urbanum und Rusticum nicht auf den Ort, sondern auf Beschaffenheit und Gebrauch ankomme, sagt Ulpian auch noch an einem andern Orte, nämlich *libro VI. ad Sabinum* [95]):

Urbana familia et *rustica* non loco, sed *genere* [96]) distinguitur. Potest enim aliquis dispensator non esse servorum *urbanorum* numero, veluti is, *qui rusticarum rerum rationes dispenset*, ibique habitet, non multum abest a *villico*: insularius autem *urbanorum* numero est.

Aus allen ergiebt sich nun soviel, daß 1) *praedia rustica* solche Grundstücke genennt wurden, welche blos zur landwirthschaftlichen Benutzung bestimmt waren, und auf denen Früchte geärndet werden konnten, oder welche sonst einen Ertrag gewährten, als Aecker, Wiesen, Weinberge, Oehlgärten, auch Bergwerke, Metall-Gruben, Steinbrüche u. d. [97]). Terentius Varro [98]) sagt zwar,

94) *L.* 16. *C. de praed. et aliis reb. minor* (V. 61.)

95) *L.* 166. *D. de Verb. Signif.* S. Gothofredus in Comment. ad h. L.

96) Sc. genere *usus*, wie Labeo *L.* 12. *D. de Supellect. legat.* (XXXIII. 10.) sagt.

97) *L.* 3. §. 6. *D. h. t. L.* 198. *in fin. D. de Verbor. Signif.* Pothier Pand. Justin. Tom. II. Tit. de administrat. et perio. tut. Art. IV. Nr. XXXII. not d. pag. 113. sagt: Non ex loco, sed ex *qualitate* dimidi-

argentifodinae, lapidicinae, arenariae, figlinae gehören nicht ad agriculturam; allein er fügt hinzu: Neque ideo non, in quo agro idoneae possunt esse, exercendae, atque ex iis capiendi fructus. 2) *Praedia suburbana* hatten zwar bey den nichtjuristischen Classikern nur eine geographische Bedeutung. Sie verstehen darunter im eminenteren Sinne, in welchem die Römer sich unter der *Urbs* immer nur die Stadt Rom dachten, Italische Grundstücke in der Nähe von Rom [99]). Allein hier wird der Ausdruck in seiner eigentlichen strengjuristischen Bedeutung genommen, in welcher darunter solche praedia verstanden wurden, welche zwar auch urbana, aber wegen des größern Ertrags mehr rustica, als urbana waren, sie mochten in der Stadt oder außer derselben befindlich seyn [100]). In dem oben angeführten Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian [1])

catur, an *urbana*, an *rustica* sint praedia: ut quae ad fructum et reditum recipiendum destinata sunt, sint *rustica*, quae ad usum aut delicias patrisfamilias, sint *urbana*.

98) *De Re Rustica*. Lib. I. cap. 2. (inter Scriptores Rei Rust. vett. latin. Vol. I. pag. 98. edit. *bipontin.*)

99) Daher der Redegebrauch Italia suburbana bey Plinius *Hist. Natur.* Lib. XXVI. Cap. 4. Ferner Italiae regio suburbana bey Columella *de re Rustica* Lib. XI. Cap. 2. und laudatissima Italica et maxime suburbana, bey Plinius *H. N.* Lib. XIX. Cap. 3. Daher nennt auch Florus Lib. III. cap. 19. Sicilien provinciam quodammodo *suburbanam*, weil sie Rom am nächsten, und gleichsam in conspectu Urbis lag. S. *Ev.* Otto Praefat. ad Tom. V. Thes. Jur. Rom. pag. 37. Rufinus, ein Priester von Aquileja, der im vierten Jahrhundert lebte, gedenkt in seiner *Histor. Eccles.* Lib. I. Cap. 6. pag. 203. (edit. *Grynaei*) auch der *suburbicariarum ecclesiarum*. S. *Christ.* Kortholt Commentat. hist. ecclesiast. de ecclesiis suburbicariis Sect. I. et II. *Lipsiae* 1730. 4. Sect. III. et IV. *Ibid.* 1731.

100) S. Heinr. Ed. Dirksen Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts (Leipzig 1823.) Abhandl. II. Nr. IV. S. 95 — 103. Albr. Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthümer. §. 433. S. 627. der 2. Ausgabe, und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 246. Not. 19. S. 930.

1) *L.* 16. *C. de praed. et aliis reb. minor.*

wird gesagt: *Praedium suburbanum ab urbanis non loco, sed qualitate secernitur*, und in den Scholien der Basiliken [2]) wird dieses so erklärt:

Τὸ προαστεῖον χωρίζεται ἀπὸ τοῦ οἴκου οὐκ ἀπὸ τῆς τοῦ τόπου θέσεως, ὅτι ἐξώτερόν τῆς πόλεως, ἀλλ' ἐκ τοῦ παρέχειν πρόσοδον. ὥστε εἰ καὶ ἐν πόλει ἐστὶ, πρόσοδον δὲ παρέχει, παρβορβάνον λέγεται, καὶ ἔξω δὲ πόλεως εἰ ἔστιν, ἀποδόσιμον δὲ ἔστιν τὸ οἴκημα, πρὸς τέρψιν μόνον κατεσκευασμένον λέγεται.

SUBURBANUM *ab aedibus secernitur, non positione loci, quod sit extra urbem, sed ratione reditus, ut etiam si sit in urbe, modo reditum praebeat,* SUBURBANUM *dicatur, et extra urbem, si sit sine reditu, aedificium voluptati deserviens tantum dicatur.*

Also Gärten und Häuser, die blos zum Vergnügen, und eigener Bewohnung bestimmt sind, ohne Ertrag, sind praedia *urbana*, insofern sie aber reditus gewähren, sind sie *suburbana* [3]).

Die Veräußerung solcher Grundstücke verbot nun die Oratio *Severi* dergestalt, daß nicht einmal die Zustimmung des Praetor Urbanus allein genügen sollte, wenn nicht auch eine dringende Schuldenlast die Veräußerung nothwendig machte. *Quodsi forte aes alienum tantum erit*, heißt es in der Oration, *ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc Praetor urbanus, vir clarissimus, adeatur.* Um des bloßen, wenn gleich augenscheinlichen Nutzens willen, sollte daher der Prätor keine Veräußerung erlauben. Die Veräußerung soll, sowie

a) *Basilic.* Lib. XXXVIII. Tit. 9. Tom. V. *Fabroti* p. 160. Schol. γ.

3) So erklärt auch *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 30. Und *Jo.* GORDDAEUS in Comment. repetit. praelect. in Tit. Pand. de Verbor. et Rer. Significat. ad L. 198. h. t. nr. 8. pag. 1099. sq. sagt: praedia *suburbana* ea esse praedia, quae promiscuum habent usum, et urbanum et rusticum, magis tamen rusticum, quam urbanum. ISIDORUS *Origin.* Lib. XVII. Cap. 5. spricht sogar in Beziehung auf den Gebrauch von *suburbanis uvis*, quarum fructus ad esum

das dage ertheilte Decret, null und nichtig seyn. So lehrt Ulpian *Libro XXXV. ad Edictum* [4]:

Si aes alienum non interveniat, tutores tamen allegent, *expedire haec praedia vendi*, et vel alia comparari, vel certe istis carere, videndum est, an Praetor eis debeat permittere? Et magis est, *ne possit*. Praetori enim non liberum arbitrium datum est distrahendi res pupillares, sed ita demum, *si aes alienum immineat*. Proinde et si permiserit, aere alieno non allegato, consequenter dicemus, nullam esse venditionem, nullumque decretum: *non enim passim distrahi iubere Praetori tributum est, sed ita demum, si urgeat aes alienum.*

Nach einem Rescript der Kaiser Severus und Antonius, welches Paulus *L.* 13. *h. t.* anführt, soll nicht einmal ein fundus infructuosus alienirt werden dürfen, wenn keine Schulden die Veräußerung nothwendig machen.

§. 1381. b.

Ausdehnung der Oration in subjectiver oder objectiver Hinsicht durch die Interpretation.

Noch vor Constantin dem Großen erhielt die Oratio *Severi* durch die Interpretation sowohl in Rücksicht auf Personen, als Sachen, manche Ausdehnung. 1) In subjectiver Hinsicht ward sie auf die Curatoren eines furiosus und prodigus, und Anderer angewendet, die keine Minderjährigen sind. Denn da die Oration von Curatoren der Minderjährigen spricht, so wie man das Wort *Curatores* verstand; so glaubte man, was von diesen gilt, müsse ex sententia orationis auch auf die übrigen Curatoren nichtminderjähriger Personen angewendet werden können. Die hierher gehörige Stelle aus Ulpians *libro II. de omnibus tribunalibus* [5] ist schon oben vorgekommen. Diese Anwendung bestätigte aber auch ein Rescript des Kaisers Gordian an den Apitius. Es ist

queque comparari solet: seu quarum fructus ad escam, velut pomum, in urbibus venditur.'

4) *L.* 5. §. 14. *D. h. t.* S. Noodt Comm. h. t. §. Vetat igitur. pag. 584.

5) *L.* 8. §. 1. *D. h. t.*

die *L. 2. C. de curatore furiosi vel prodigi* (V. 70.) folgenden Inhalts:

Orationis *Divi* Severi beneficium, quo possessiones rusticas sine decreto Praesidis pupillorum seu adolescentium distrahi vel obligari prohibitum est, non iniuria etiam *ad agnatos furiosi* porrigitur. Si igitur citra decretum Praesidis fundus mente capti etiam ab agnato eius tibi pignori nexus est: vinculum pignoris in eo non consistit: utilem tamen adversus eum personalem actionem, si ob eius utilitatem pecunia mutua accepta est, poteris habere. PP. Kalend. Januar. *Pio* et *Pontiano* Conss. 238. [6]).

Eben so wurde diese Oration, welche nur vom Praetor urbanus spricht, auch auf den Praeses provinciae ausgedehnt, wie nicht nur aus dem angeführten Rescript des Kaisers Gordianus erhellet, sondern auch noch besonders folgende Stelle aus Ulpians *libro III. de officio Proconsulis* [7]) beweist.

Si praedia minoris viginti quinque annis distrahi desiderentur, causa cognita *Praeses provinciae* debet id permittere. Idem servari oportet, et si furiosi, vel prodigi, vel cuiuscunque alterius praedia curatores velint distrahere.

Denn in der Jurisdiction und potestas des Proconsuls und Präses der Provinz war alle Gewalt begriffen, welche der Praetor urbanus, der Praefectus Urbi, und

6) Da Gordian erst im Junius des Jahres Chr. 238. zum Kaiser erhoben wurde; so kann wohl diese Constitution nicht schon am ersten Januar gegeben seyn. Zwar wird in der Geb. Spangenbergischen Ausgabe das Jahr 239. angegeben. Allein diese Jahrzahl ist unrichtig, denn *An. Pius* und *Pontianus Proculus* waren im Jahre Chr. 238. Consuln, wie Spangenberg in den Noten zu dieser Constitution selbst zugiebt. Statt *Januar.* substituiren daher andere *Kal. Julii*, noch richtiger *Kal. Junii*, wie Spangenberg emendirt. Das Erste verwirft auch Baumann in Divo Gordiano. Diss. I. P. I. §. 1. Not. i. und Reland in Fastis Consular. pag. 184. Die Constitution des Kaisers Gordian selbst ist von Baumann P. II. Cap. I. §. 1. der angef. Schrift erklärt worden.

7) *L. 11. D. h. t.*

jeder andere Magistrat in Rom hatte [8]). Aber auch der Präses durfte nur wegen dringender Schulden, die anders nicht getilgt werden konnten, die Veräußerung erlauben, wie folgendes Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian an den Leontius beweist:

L. 12. *C. de praediis et aliis reb. minor.* Ob aes alienum tantum causa cognita *praesidali decreto* praedium rusticum minoris *provinciale* distrahi permittitur. Dat. 11. Kal. Maii Heracliae CC. Conss.

2) In objectiver Hinsicht wurde nicht nur die Veräußerung von iuribus praediorum, die den Pflegbefohlnen gehörten, z. B. wenn demselben ein ius ἐμφυτευτικὸν, oder der ususfructus fundi alieni zustand, sondern auch die Bestellung von Servituten und iuribus praediorum, so wie die Veräußerung mancher anderer Gegenstände, z. B. Bergwerke, Salzwerke u. d., wovon die Oration nichts sagte, unter das Verbot gezogen, wie aus folgenden Gesetzstellen erscheint.

L. 3. §. 4. *D. h. t.* Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum.* Si ius ἐμφυτευτικὸν vel ἐμβατευτικὸν (*Basilica* ἐμβατικὸν) habeat pupillus [9]), videamus, an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est, *non posse*, quamvis *ius praedii* potius sit [10]).

§. 5. Nec *ususfructus* alienari potest, etsi so-

8) *L.* 7. §. 2. *L.* 9. *pr. D. de officio Procons.* (I. 16.) *L.* 11. *et L.* 12. *D. de officio Praesidis.* (I. 18.) Daher geschieht bey der Veräusserung der Pupillen-Güter sowohl des Prätors als des Präses Erwähnung. *L.* 2. §. 1. *D. de officio eius, cui mand. est iurisd.* (I. 21.). *L.* 6. *Cod. de praed. et aliis reb. minor.* (V. 71.) S. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. §. Praecipit ea. pag. 587.

9) Man vergleiche über diese Stelle den 8. Th. dieses Commentars §. 600. S. 384. und Fried. Wilh. von Tigerström über das frühere Verhältniß des Rechts am ager vectigalis (Greifswald 1828. 8.) S. 31. ff. welcher den Namen ius ἐμφυτευτικὸν, statt ager vectigalis, für eine Interpolation der Compilatoren hält.

10) Nämlich quam praedium. Allein Celsus sagt *L.* 86. *D. de Verb. Signif.* Quid aliud sunt *iura praediorum*, quam praedia qualiter se habentia?

ius fuit ususfructus pupilli. An ergo hic nec *non utendo* amittatur, si tutor causam praebuerit huius rei? Et manifestum est, restaurari debere [11]). Sed si proprietatem habeat pupillus, non potest usumfructum vel usum alienare [12]), quamvis Oratio nihil de usufructu loquatur. Simili modo dici potest, nec servitutem imponi posse fundo pupilli vel adolescentis, nec servitutem remitti. Quod et in fundo dotali placuit.

§. 6. Si lapidicinas vel quae alia metalla [13]) pupillus habuit, stypteriae [14]), vel cuius alterius

11) Es gehört hierher, was Paulus *L.* 28. *D. de Verb. Signif.* sagt: Is quoque *alienare* dicitur, qui non utendo amisit servitutes.

12) Nämlich durch Trennung des Ususfructus von der Proprietät. Denn eher ist kein *ususfructus*, als ein ius in re aliena, denkbar, und die Bestellung desselben ist denn allerdings eine Alienation. S. *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VII. Illat. 85. pag. 910. und *Ger.* Noodt h. t. §. Vetat igitur. pag. 585.

13) Das Wort *metallum* wird in dem Röm. Sprachgebrauche in einer so allgemeinen Bedeutung genommen, daß darunter nicht blos eigentliches Metall im heutigen Sinn, als Silber, Gold u. d., sondern auch Marmor, Steine aus Steinbrüchen, Kreide, Thon, Salpeter, Schwefel, Steinsalz, Alaun u. s. w. begriffen wird. Daher heißt es in dem Epigramm auf der Statüe des Pescennius Niger, welche von schwarzem Thebaischen Marmor war, wie Spartianus *in Vita eius* in fin. erzählt: *Nigrum nomen habet, Nigrum formavimus ipsi, ut consentirent forma* metalla *tibi.* In Beziehung auf diese Bedeutung sagt der griechische Scholiast in den *Basilic. Tom. II. Lib. XVI. Tit.* 1. *Const.* 13. Μετάλλον λέγεται πᾶν τὸ ἀπο ὀρυγματος τῆς γῆς ἐξερχομένον. Metall, sagt er, heißt alles, was aus der Erde gegraben wird. S. *Ger.* Noodt Comm. h. t. §. Vetat igitur Oratio. pag. 584. Christ. Gottl. Flade Röm. Bergrecht (Freyberg 1805.) Einleitg S. 1. f. und Pothier Pand. Just. Tom. II. h. t. Nr. II. Not. c. pag. 161.

14) *Stypteriae*, Alaunwerke S. *Andr.* Alciati Parerg. iur. Lib. I. cap. 39. (*Oper.* Tom. IJ. pag. 204.) *Car. Andr.* Ducker Opusc. varia de Latinitate ICtor. vett. pag. 406. und Pothier Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. II. Not. d. pag. 161.

materiae, vel si cretifodinas, argentifodinas, vel quid aliud huic simile.

L. 4. *h. t.* Paulus *libro singulari ad orationem Divi* Severi. Quod tamen privatis liceat possidere.

L. 5. *eod.* Ulpianus *libro* XXXV. *ad Edictum.* Magis puto *ex sententia orationis* impediri alienationem. §. 1. Sed et si salinas habeat pupillus, idem erit dicendum.

L. 13. *C. de praed. et aliis rebus minor.* Impp. Diocletian. et Maximian. Zenophilae. Etiam vectigale, vel patrimoniale, sive emphyteuticum praedium sine decreto Praesidis distrahi non licet. Dat. VIII. Kalend. Septembr. Sirmii. CC. Conss.

§. 1381. c.

Verordnung des Kaisers Aurelianus.

In Ansehung der Form der Veräußerung erweiterte K. Aurelian das Gesetz des Severus, indem er in einem Rescript an Pulcher, es ist die *L.* 2. *C. Quando decreto opus non est* (V. 72.) den Vormündern erlaubte, sich an den Princeps zu wenden, und von diesem ein Veräußerungs-Rescript auszuwirken. Eine solche Erlaubniß des Staats-Oberhaupts sollte dann eben so viel gelten, als ein Decret des Prätors, oder Präses der Provinz. Die Worte sind:

Illud requirendum est, an adito Principe, *Saturninus*, vir clarissimus, specialiter ius venditionis acceperit. Ad instar enim praesidalis decreti concessio Principalis accedit.

In den Basiliken (Tom. V. pag. 143.) heißt es: *ἀρκεῖ γὰρ ἀντὶ ἀποφάσεως ἄρχοντος ἡ βασιλικὴ κέλευσις.* i. e. *iussio enim Principis pro decreto Praesidis sufficit.*

§. 1381. d.

Ausdehnung der Oration des Severus durch Constantin.

Noch weiter, als Severus, ging aber Kaiser Constantin der Große in objectiver Hinsicht. Dieser dehnte nämlich das Veräußerungsverbot nicht nur auf alle Grundstücke, sondern auch auf andere der Aufbewahrung fähige

und nicht geradezu überflüssige bewegliche Sachen von Werth aus. Die Verordnung selbst lautet im Justinianeischen Codex also:

L. 22. *C. de administratione tutor. vel curator.* (V. 37.) Imp. Constantinus A. *ad Populum* [15]), Lex, quae tutores curatoresque necessitate adstrinxit, ut aurum, argentum, gemmas, vestes, ceteraque mobilia pretiosa, urbana etiam praedia et mancipia, domos, balnea, horrea, atque omnia, quae intra civitatem sunt, venderent, omniaque ad nummos redigerent, praeter praedia et mancipia rustica, multum minorum utilitati adversa est. Praecipimus itaque, ut haec omnia nulli tutorum curatorumve liceat vendere: nisi hac forte necessitate et lege, qua rusticum praedium atque mancipium vendere, vel pignorare, vel in donationem propter nuptias [16]), vel in dotem dare in praeteritum licebat: scilicet per inquisitionem iudicis, et probationem causae, interpositionemque decreti, ut fraudi locus non sit. Ante omnia igitur urbana mancipia, quae totius supellecti-

15) Diese Constitution fehlte bisher in allen Ausgaben des Theodosianischen Codex, ist aber nun aus einer rescribirten Turiner Handschrift restituirt, und findet sich in *Car. Frid. Christ.* Wenck Codicis Theodos. libri V. priores. (*Lipsiae* 1825. 8.) Lib. III. Tit. 19. Nr. 3. pag. 189—192. Da sie mit der in dem Just. Codex fast durchgehends übereinstimmt, so werde ich nur bemerken, wo die *L.* 22. interpolirt ist.

16) Bey Haloander fehlen die Worte: *vel in donationem propter nuptias*, vielleicht weil er sie für einen unächten Zusatz hielt. Denn Justinian schaffte ja erst den Namen *donatio propter naptias*, wie er selbst *L.* 20. *C. de donat. ante napt.* sagt. Daher sagt auch Wenck c. l. not. b. pag. 190. so habe Constantin nicht sprechen können. Eben so glaubt Spangenberg in edit. sua ad h. L. not. 66. daß die bemerkten Worte vielleicht aus einer Glosse sich eingeschlichen haben. Denn man sage überhaupt nicht *dare in donationem*, so wie man *dare in dotem* sagt. Die Worte fehlen auch in mehreren Handschriften, wie Contius, Russard, und Charondas bemerken. Sie halten sie daher ebenfalls für unächt. Die Glosse versteht darunter sponsalitia largitas.

lis notitiam gerunt, semper in hereditate et in domo retineantur: nam boni servi fraudem fieri prohibebunt: mali, si res exegerit, sub quaestione positi, poterunt prodere veritatem: atque ita omnia observabunt [17]), ut nec inventarium minuere, nec mutare, vel subtrahere aliquid tutor valeat. Quod in veste, margaritis, gemmis, et vasculis, ceteraque supellectili necessarium est. Et tolerabilius est, si ita contigerit, servos mori suis dominis, quam servire extraneis: quorum fuga potius tutori adscribitur, sive negligentia dissolutam esse patiatur disciplinam, sive duritia, vel inedia atque verberibus eos afficiat. Nec enim dominos execrantur, sed magis diligunt: ita ut haec lex per hoc quoque melior antiqua sit. Tunc enim remota servorum custodia, etiam vita minorum saepius prodebatur. Nec vero domum vendere liceat, in qua defecit pater, minor crevit, in qua maiorum imagines aut non videre fixas, aut revulsas videre, satis est lugubre. Ergo et domus, et cetera omnia immobilia in patrimonio minorum permaneant: nullumque aedificii genus, quod integrum hereditas dabat, collapsum tutoris fraude depereat [18]). Sed et si parens, vel ille, cuiuscunque heres est minor,

17) *Ant.* Faber Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII Princ. VII. Illat. 84. pag. 908. will statt *omnia* lieber *omnes* observabunt lesen, und versteht unter *omnes*, omnes servi, tam mali, quam boni. Wenck c. l. not. q. pag. 190. glaubt hingegen, das *observabunt* passe nicht auf servos, praesertim malos, und meint, es müsse *observabuntur* gelesen werden. Ich halte keine Aenderung für nöthig.

18) In den *Basilic.* Lib. XXXVIII. Tit. 9. Const. 36. Tom. V. Fabroti pag. 134. heißt es: Ἁπλῶς οὖν ὡς ἐν κεφαλαίῳ, μὴ μόνον οἱ ἀγροὶ, ἀλλὰ καὶ οἱ οἶκοι, καὶ πάντα τὰ ἀκίνητα φυλαττέσθωσαν τοῖς ἐλάττοσιν· ἀλλὰ μηδὲ προσχήματι διορθώσεως καταλυέσθω οἶκος, καὶ πιπρασκέσθωσαν αἱ ὕλαι· εἰ μὴ μόνον τὰ ἀναφιβόλως πτῶσιν ἀπειλοῦντα καὶ δεόμενα διορθώσεως. — *Generaliter igitur in summa et fundi et domus, et omnia immobilia minoribus conserventur: sed neque praetextu refectionis domus diruantur, et materiae vendantur, nisi tantum quae constat ruinam comminari, et refectione indigere.*

reliquerit deformatum aedificium, tutor testificatione operis ipsius, et multorum fide id reficere cogatur: ita enim annui reditus plus minoribus conferent, quam per fraudes pretia diminuta [19]). Servi etiam, qui aliqua sunt arte praediti, operas suas commodo minoris inferant, et reliqui, qui in usu minoris domini esse non poterunt, quibusque ars nulla est, partim labore suo, partim alimoniarum taxatione pascantur [20]). Lex enim non solum contra tutores, sed etiam contra feminas immoderatas atque intemperantes prospexit minoribus: quae plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt. Huic accedit, quod ipsius pecuniae, in qua robur omne patrimoniorum veteres posuerunt, foenerandi usus vix diuturnus, vix continuus et stabilis est: quo subsecuto, intercidente saepe pecunia, ad nihilum minorum patrimonia deducuntur. Jam ergo venditio tutoris nulla sit sine interpositione decreti: exceptis his duntaxat vestibus, quae detritae usu, seu corruptae servando servari non potuerint [21]).

19) Die Βασιλικα c. l. haben: *κρεῖττον γὰρ ἔστι τῷ ἀνήβῳ ἡ πρόσοδος τῶν τοῦ τιμήμα ἀργυρίων.* i. e. *plus enim confert pupillo reditus, quam pecuniarum pretium.* Allein der Sinn ist eigentlich der: der jährliche Ertrag wird dem Pflegbefohlnen nützlicher seyn, als das aus dem Verkaufe der Häuser gelöste Geld, welches durch mancherley Betrug vermindert werden kann.

20) *Alimoniarum taxatione pascantur*, heißt, sie sollen täglich ihre Kost erhalten. In den *Basilicis* c. l. wird dieß so ausgedrückt: *διὰ τῶν διαρίων αὐτῶν ἀποτρεφέσθωσαν.* i. e. *certa singulis diebus alimenta accipiant*, wie Wenck c. l. not. 5. pag. 191. übersetzt hat. Besser als des Fabrotus *diariis alantur*.

21) Hier sind folgende Worte weggelassen: *etiam tutore vel curatore sollicito, ut easdem inspiciat frequenti recognitione incolumes.* Die beyden ersten Worte sind jedoch von Wenck ergänzt. Tribonian hat den letztern Theil dieses Edicts, jedoch auch mit Hinweglassung der eben bemerkten Worte, zu einer eignen Constitution gemacht. Es ist die *L. ult. C. Quando decreto opus non est*, (V. 72.) welche mit derselben Inscription und Subscription versehen ist. Sie lautet so: Et sine interpositione de-

Animalia quoque supervacua, quamvis [22]) minorum, quin veneant, non vetamus. Dat. Id. Mart. Constantinop. *Constantino* A. VII. et *Constantino* C. Conss. 326 [23]).

Einen Theil dieses Edicts macht, wie Jac. Gothofredus [24]) bemerkt, die *L.* 1. *C. Th. de integri restitutione* (II. 16.) aus, welche eben dieselbe Inscription und Subscription hat [25]). Sie lautet, so wie wir sie noch jetzt im Theodos. Codex lesen, folgendermassen:

In integrum restitutione minoribus adversus commentitias venditiones, et adversus tutorum insidias sanctionum praesidio cautum esse, non dubium est: ac si quid forte iidem de suo in fraudem tutelae alienasse docerentur, fraudatorio interdicto prospectum esse minoribus declaratur [26]).

Ich bemerke in Ansehung dieser letzten Constitution, daß das in dem von Justinian in seinem Codex weggelassenen Theile derselben dem Pflegbefohlnen oder Minderjährigen gegebene fraudatorium interdictum in dem Falle Statt finden solle, wenn der Vormund zum Nachtheil der künftig gegen ihn anzustellenden actio tutelae (denn das heißt hier *in fraudem tutelae*) Etwas von seinem eige-

creti tutores, et curatores quarumcunque personarum, vestes detritas, et supervacua animalia vendere permittimus.

22) In der Turiner Handschrift fehlt das quamvis.

23) Die Subscription lautet in der Tur. Handschrift so: *Dat. III. Id. Mart. Sirmii* Constantino *A. VII. et* Constantio *Caes. Conss.* S. Wenck c. l. nott. x. y. z. pag. 192.

24) Comment. ad L. 1. C. Th. de integri restit. Tom. I. *Cod. Theod.* pag. 182. edit. *Ritter.*

25) S. Wenck Cod. Theod Libri V. priores. pag. 123.

26) Aus dieser Constitution ist die *L.* 2. *Cod. Just. Si advers. vendit.* genommen. (II. 28.) Es ist aber dieselbe nicht nur verstümmelt, denn der ganze letzte Theil von den Worten an: *ac si quid forte* etc. ist weggeblieben, sondern sie ist auch in der Inscription und Subscription verfälscht. Denn in der Inscription sind auch noch Constantius und Constans genannt, und die Subscription: *Constantio II. et Constante C.* Conss. 339. bezeichnet ein offenbar falsches Datum.

nen Vermögen veräussern sollte [27]). Dieses Interdicti fraudatorii gedenkt zwar auch Papinian *libro XI. Responsorum* [28]); Justinian scheint aber die darauf sich beziehende Stelle in der Verordnung Constantins darum weggelassen zu haben, weil nun die dem Minderjährigen zustehende gesetzliche Hypothek ein sichereres Rechtsmittel gewährt, während das Interdictum fraudatorium nur gegen einen solchen Käufer zustehen würde, quem consilium fraudis cum tutore participasse constabit, wie Papinian in der angeführten Stelle sagt.

Um jedoch wieder auf die hierher gehörige Haupt-Constitution des Kaisers Constantinus zurückzukommen, so gedenkt der Kaiser in den Anfangs-Worten seines Edicts einer Lex, welche es den Vormündern zur Pflicht gemacht haben soll, nicht nur alle bewegliche Sachen von Werth, als Gold, Silber [29]), Juwelen, Kleider u. d. sondern auch alle Grundstücke, nur praedia und mancipia rustica ausgenommen, zu verkaufen und zu Gelde zu machen. Dieses Gesetz hebt er hier als den Minderjährigen höchst nachtheilig auf. Es entsteht nun die Frage, was das für eine Lex gewesen sey? Mehrere angesehene Rechtsgelehrten, unter diesen ein Jac. Cujacius [30]), Jac. Gothofredus [31]), Gerh. Noodt [32]), Joh. Voet [33]), und a. wollen unter dieser Lex die Oratio *Severi* verstehen. Diese Meinung hat auch wirklich Manches für sich. Denn

27) S. *Jac.* Gothofredus ad L. 1, C. Th. cit. Tom. I. pag. 182. Verb. *Secunda pars* etc.

28) *L.* 96. *pr. D. de Solut.* (XLVI. 3.) S. besonders *Jac.* Cujacii Comment. in Libr. XI. Responsor. Papin. ad h. L. (*Opp. postum.*) Tom. I. pag. 512. sqq.

29) *Jac.* Cujacius Recitation. solemn. in Codic. ad Tit. 37. Lib. V. Cod. pag. 399. (*Francof.* 1605. 4.) versteht unter *aurum et argentum* vasa aurea et argentea wegen *L.* 19. *pr. D. de auro, argento, mundo etc. legat.* (XXXIV. 2.)

30) Recitat. c. l. pag. 398.

31) Comment. ad L. ult. Cod. Theod. de admin. et peric. tut. Tom. I. pag. 369.

32) Comm. ad Dig. h. t. §. At non tantum. (*Opp.* Tom. II. pag. 585.

33) Comment ad Pand. Tom. II. h. t. §. 1.

so spricht Ulpian *libro XXXV. ad Edictum* [34]), also gerade in dem Buche, wo er über die Oratio *Septimii Severi* commentirt hat, von einem verantwortlichen Säumen des Vormundes beym Verkaufe solcher Sachen des Mündels, welche mit der Zeit verderben. Allein dieser Grund macht es nicht einmal wahrscheinlich, daß alles das, worauf die vom K. Constantin angeführte Lex ging, in der Oratio *Severi* begriffen gewesen seyn sollte. Denn Erstens deutet kein einziges der in diesem Pandecten-Titel enthaltenen Fragmente auch nur entfernt auf eine solche Veräusserungsverbindlichkeit der Vormünder hin. Sodann aber gehören ja nicht alle vom Constantin dem Großen aus jener Lex referirte Gegenstände, wie z. B. silberne und goldene Geräthschaften, Juwelen u. d. zu der Art von Sachen, welche, weil sie mit der Zeit verderben, nach dem ältern, vielleicht schon längst vor Severus bekannt gewesenen Rechte, von dem Vormunde bey eigener Verantwortlichkeit veräussert werden mußten; es werden vielmehr solche Sachen, die der Aufbewahrung nicht fähig, und überflüssig sind, ausdrücklich davon unterschieden. Richtiger haben daher Andere [35]) eingesehen, daß die Lex, deren Constantin gedenkt, ein ganz anderes von dem Severischen Veräusserungsverbote ganz verschiedenes Gesetz gewesen seyn müsse, dessen Verfasser, gewiß einer von den Nachfolgern des Kaisers Septimius Severus, uns darum unbekannt geblieben ist, weil Constantin dieses Gesetz aufhob, und daher Justinian es nicht in seinen Cod aufnehmen ließ.

§. 1381. e.

Verordnungen von Julian und Arcadius.

Im Ganzen ist es nun, wenigstens was Grundstücke betrifft, bey der Verordnung des Kaisers Constantin des

34) *L.* 7. §. 1. *D. de administr. et peric. tutor. et curator.*

35) S. *Franc.* Balduinus Constantin. M. Lib. II. pag. 220. (*Argentorat.* 1612. 8.) Baumann Divus Gordianus. Exercit. I. P. II. Cap. I. §. 1. pag. 35. Haubold Histor. iur. civ. de reb. cor. etc. Specim. I. Cap. II. §. 1. (*Opusc.* Vol. II. pag. 189.) und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. Band. §. 246. S. 931.

Gr. gestieben. Zwar hatte dieser Kaiser in Ansehung der minderjährigen Eheweiber verordnet, daß sie zur Veräusserung von Gütern keines obrigkeitlichen Decrets benöthiget seyn sollten, wenn ihr Ehemann darin gewilliget, und den Kauf-Contract unterschrieben hätte. Nach der Meinung des Jac. Gothofredus[36]) soll dieses noch eine dritte Ausnahme gewesen seyn, von denen die Constitution des Kaisers Constantin (*L.* 22. *C. de adm. tut.*) zwey enthält. Allein Kaiser Julian hielt es für besser, daß Eheweiber das Ihrige von denen wieder erhalten, welche es auf eine rechtswidrige Art an sich gebracht haben, als daß man blos ihre Männer verbindlich macht, welche vielleicht ohne alles Vermögen seyn können. In einer besondern Verordnung an den Julian, Comes Orientis, hob er daher jene Constitution des Kaisers Constantin wieder auf, und verordnete, es sollte auch hier bey der Regel bleiben, nach welcher jede Veräusserung, die von einem Minderjährigen, es sey Mann oder Weib, ohne Ertheilung eines obrigkeitlichen Decrets geschehen wäre, auf keine Weise bestehen solle. Die Verordnung selbst ist im Justinian. Codex nicht enthalten, im Theodosianischen aber lautet sie also:

Patrui mei Constantini constitutionem[37]) iubemus aboleri, qua praecepit: *minores feminas, consortio virorum copulatas, sine decreti interpositione, venditiones posse celebrare, si viri earum consensum pariter atque subscriptionem instrumentis putaverint esse praebendam*: quoniam absurdum est, maritos eis interdum inopes obligari, cum possint, venditionis iure ipso non valente, proprias res recipere ab iis, qui se illicitis contractibus miscuerunt. Vetus igitur ius revocamus, ut omnis venditio, quaecunque fuerit a minore,

36) Comm. ad L. 5. Cod. Theod. de contrahenda emtione (III. 1.) Tom I. pag. 282.

37) Diese Constitution findet sich im Theodos. Codex nicht. Man ließ sie weg, weil sie ihrem ganzen Inhalte nach schon in dieser abrogirenden Constitution begriffen war.

viro sive femina, sine decreti interpositione celebrata, nulla ratione subsistat. D. VIII. Id. Decembr. Antiochiae, *Mamertino* et *Nevitta* Conss. 362 [38]).

Endlich verordnete noch Kaiser Arcadius in einer Constitution an den Praefectus praetorio Eutychianus vom Jahre 396 [39]) in Ansehung der beweglichen Sachen, daß wenn das Vermögen des Mündels blos in solchen Sachen bestehe, und keine Grundstücke da wären, aus deren Ertrag die Alimente für denselben bestritten werden könnten, die Mobilien verkauft, und dafür entweder einträgliche Grundstücke gekauft, oder das Geld auf Zinsen ausgeliehen werden solle. Diese Constitution ist zwar in den Justinian. Codex, aber in einer sehr veränderten Gestalt aufgenommen worden. Denn da heißt es [40]):

Aurum, argentumque, et quidquid vetustate temporis non mutatur, si in pupilli substantia reperiatur, in tutissima custodia collocent, ita tamen, ut ex mobilibus aut praedia idonea comparentur, aut si forte (ut adsolet) idonea non potuerint inveniri: *iuxta antiqui iuris formam* [41]) usurarum crescat accessio, quarum exactio ad periculum tutorum pertinet.

38) S. Wenck Cod. Theod. Lib. III. Tit. 1. Const. 3. p. 155. und Hugo ius civ. Anteiust. Tom. I. pag. 332.

39) *Cod. Theod.* Lib. III. Tit. 19. Const. 4. Tom. I. pag. 368. edit. Gothofredi, und Hugo c. l. pag. 355.

40) *L. 24. C. de administrat. tutor.* S. *Jac.* Gothofredi Comm. ad L. 4. C. Theod. eiusd. Tit. Tom. I. p. 369 sq.

41) Unrichtig bezieht dieses Gothofredus c. l. auf die Oratio *Severi.* S. Haubold c. l. Opusc. Vol. II. pag. 188. sq. und Wenck ad L. 6. C. Theod. de admin. tut. not. o. p. 195.